



UOHSX00F12BD

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0321/2017/VZ

Brno 27.07.2021

Číslo jednací: ÚOHS-25157/2021/500/ISo

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 Loretské 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 Loretské 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:

**Řízení o přestupku** zahájené dne 10. 8. 2017 z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným - Česká republika – Ministerstvo zahraničních věcí, IČO 45769851, se sídlem Loretské 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, se podle § 117a písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť v řízení o přestupku zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 citovaného zákona.

## ODŮVODNĚNÍ

### I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ZADÁVACÍHO 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 Loretánské 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 jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad doplňuje, že obviněný je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona.
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 seschengenskými 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 užívacího 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 poříditi 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 uchazeči.
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 e Pasy 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 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.“*

## **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 podnětu 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 další 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, pročež 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 uchazeč. 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, tj. 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 podnětu 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 mu nelze 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 podnětu 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 jednacím řízení bez uveřejnění (dále také „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 podnětu 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 jistění 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 know-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 u držet 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 oblastí),
  - 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 komplexním zhodnocením 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 nepřímě 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 na 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 zasláné 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 možnost získat znalecké posudky nezabýval.

**Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-29765/2017/541/JCh ze dne 12. 10. 2017**

54. Dne 12. 10. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-29765/2017/541/JCh.
55. Výrokem I. citovaného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když 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 na předmět plnění veřejné zakázky.
56. Výrokem II. citovaného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. citovaného rozhodnutí podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000,- Kč.
57. V odůvodnění citovaného rozhodnutí Úřad dospěl 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 technických důvodů. K důvodům pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění spočívajícím v ochraně výhradních práv Úřad v citovaném rozhodnutí uvedl, 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 dle citovaného rozhodnutí zadavatel v šetřeném případě způsobil sám svým předchozím postupem, čímž de facto vyloučil možnost následného zadání navazujícího plnění v jednacím řízení bez uveřejnění, resp. pro použití takového druhu

zadávacího řízení nejsou splněny podmínky a případné použití jednacích řízení bez uveřejnění tak nelze považovat za učiněné v souladu se zákonem.

### III. ŘÍZENÍ O ROZKLADU

58. Dne 27. 10. 2017 obdržel Úřad v zákonem stanovené lhůtě rozklad zadavatele z téhož dne směřující proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-29765/2017/541/JCh ze dne 12. 10. 2017 (dále jen „napadené rozhodnutí“).
59. V řízení o uvedeném rozkladu vydal předseda Úřadu dne 4. 1. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0195/2017/VZ-00308/2018/323/KKř (dále jen „rozhodnutí o rozkladu“), v němž napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítnul.
60. V citovaném rozhodnutí předsedy Úřadu je mimo jiné konstatováno: *„Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí v jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro konstatování spáchání přestupku zadavatelem a pro uložení sankce, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití. Nelze tedy po přezkoumání napadeného rozhodnutí přisvědčit tvrzení zadavatele, že napadené rozhodnutí je nesprávné z důvodu nesprávného posouzení věci, nezákonné a nedostatečně odůvodněné.“*

### IV. SOUDNÍ PŘEZKUM ROZHODNUTÍ O ROZKLADU

#### Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 5. 2. 2020

61. Zadavatel podal proti rozhodnutí o rozkladu žalobu ke Krajskému soudu v Brně (dále jen „krajský soud“), který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 31 Af 18/2018 ze dne 5. 2. 2020 (dále jen „rozsudek KS“) tak, že rozhodnutí o rozkladu i napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení. V odůvodnění citovaného rozsudku KS jsou závěry Úřadu týkající se (ne)unesení důkazního břemene ze strany zadavatele označeny za předčasné, přičemž krajský soud zavázal Úřad, aby se v dalším řízení zákonným způsobem seznámil se všemi listinami doloženými zadavatelem a tyto důkazy taktéž zákonným způsobem vyhodnotil.
62. V rámci rozsudku KS je dále uvedeno, že zadavatel byl v rámci předmětného správního řízení oprávněn navrhnout provedení znaleckého posudku a Úřad byl povinen provést důkaz uvedeným posudkem a tento důkaz řádně vyhodnotit. Postoj Úřadu, který bez dalšího znalecký posudek vyhotovený v průběhu správního řízení považuje za irelevantní, je dle rozsudku KS nesprávný. Jelikož znalecký posudek mohl být relevantním podkladem, měl Úřad dle krajského soudu reagovat na návrh zadavatele ze dne 21. 8. 2017 na vypracování znaleckého posudku. Nehodlal-li Úřad dle krajského soudu znalecký posudek nechat vypracovat, měl zadavatele vyzvat k tomu, aby sám znalecký posudek předložil.



63. Dále se krajský soud v citovaném rozsudku KS vyjádřil k obecným východiskům pro posuzování zákonnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění a k některým dílčím argumentům týkajícím se posouzení oprávněnosti jednacího řízení bez uveřejnění v šetřeném případě.

**Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 1. 2021**

64. Úřad podal proti rozsudku KS kasační stížnost k Nejvyššímu správnímu soudu, který o ní rozhodl rozsudkem č. j. 1 As 108/2020 ze dne 13. 1. 2021 tak, že ji zamítl (dále jen „rozsudek NSS“).
65. Ze závěrů rozsudku NSS je zřejmé, že Nejvyšší správní soud po přezkoumání rozsudku KS shledává rozsudek KS přezkoumatelným a nosné důvody vedoucí ke zrušení rozhodnutí o rozkladu jsou z něj jasně patrné. Námitka nepřezkoumatelnosti rozsudku KS je tak dle rozsudku NSS nedůvodná.
66. K námitce ohledně vypracování znaleckého posudku je v rozsudku NSS uvedeno, že není důvod, aby v tomto případě neplatila obecná povinnost Úřadu obstarat podklady potřebné pro rozhodnutí vyplývající z § 50 odst. 2 správního řádu. Nejvyšší správní soud se tak ztotožňuje s názorem krajského soudu, že nevypracování znaleckého posudku založilo nedostatečně zjištěný skutkový stav. Dle závěrů rozsudku NSS se lze ztotožnit s rozsudkem KS v tom, že nehodlal-li Úřad nechat znalecký posudek sám vypracovat, měl zadavatele, navíc zjevně připraveného zajistit jeho vypracování a předložení, k tomu alespoň konkrétně vyzvat.
67. V závěrech rozsudku NSS je uvedeno, že Nejvyšší správní soud souhlasí s názorem krajského soudu, že postup Úřadu při vedení spisu znemožňuje přezkoumávat správnost úvahy Úřadu o relevantnosti dokumentů a obsah spisu tak záleží na libovůli Úřadu. Úřad dle rozsudku NSS založil své rozhodnutí na neunesení důkazního břemene zadavatelem, přičemž však některé jím poskytnuté dokumenty hodnotil jako irelevantní a jejich nezařazením do spisu učinil tento postup nepřezkoumatelným. Z výše uvedených důvodů neshledal Nejvyšší správní soud námitky Úřadu za důvodné, kasační stížnost proto jako nedůvodnou zamítl.

**V. DALŠÍ PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU**

68. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-05203/2021/541/JCh ze dne 10. 2. 2021 vyznamenal zadavatele o pokračování ve správním řízení.
69. Usnesením č. j. ÚOHS-05234/2021/541/JCh ze dne 10. 2. 2021 Úřad stanovil obviněnému podle § 39 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), lhůtu, ve které byl podle § 36 odst. 1 správního řádu oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 správního řádu oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Dále stanovil Úřad citovaným usnesením obviněnému lhůtu podle § 39 odst. 1 správního řádu k zaslání dokumentace o veřejné zakázce včetně souvisejících materiálů, které byly v rámci předmětného správního řízení Úřadu předloženy, a které byly jmenovanému obviněnému vráceny na základě přípisu č. j. ÚOHS-S0321/2017/VZ-00496/2018/541/JCh ze dne 5. 1. 2018.

**Vyjádření zadavatele ze dne 22. 2. 2021**

70. Dne 22. 2. 2021 byla Úřadu doručena dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření zadavatele z téhož dne. Zadavatel v citovaném vyjádření uvedl, že při zadávání předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, neboť byly naplněny jak technické důvody, tak důvody ochrany výhradních práv, přičemž odkazuje na svá předchozí vyjádření.
71. Obviněný uvedl, že si nechal zpracovat znalecké posudky, aby prokázal, že důvody, a to jak technické, tak ochrany výhradních práv, v době před zadáním veřejné zakázky skutečně existovaly. Zadavatel zaslal přílohou k citovanému vyjádření znalecký posudek vypracovaný Ing. Michaelem Trezzi, CSc, ze dne 16. 10. 2017 a jeho dodatek č. 1 ze dne 10. 1. 2018 (dále jen „znalecký posudek“ a „dodatek znaleckého posudku“). Zadavatel dále odkazuje na část 5 znaleckého posudku, kde znalec dle zadavatele uvedl, že existují technické důvody znemožňující poptávat podporu a rozvoj softwarového systému ePasy a softwarového systému EVC2 v otevřeném jednání, přičemž zadavatel uvedené technické důvody dále specifikuje. Zadavatel rovněž s odkazem na část 5 znaleckého posudku uvedl, že dle znaleckého posudku existují důvody ochrany práv duševního vlastnictví znemožňující poptávat podporu a rozvoj softwarového systému ePasy a EVC2 v otevřeném řízení, přičemž uvedené důvody dále s odkazem na znalecký posudek mj. specifikuje konkrétní důvody, a to přístup ke zdrojovým kódům, licenční práva umožňující úpravy a zásahy do předmětných informačních systémů a know-how.
72. Dále obviněný v citovaném vyjádření uvedl, že předmětem veřejné zakázky bylo pouze zajištění dalšího fungování předmětných informačních systémů včetně úprav a prostého rozšíření daného software. Cílem těchto úprav a rozšíření bylo dle zadavatele pouze zajistit nezbytnou úroveň kybernetické bezpečnosti, technologického rozvoje a soulad s právním řádem České republiky. Dle zadavatele se tak nejednalo o zavádění nových funkcionalit nesouvisejících s předmětem plnění či o komplexní konsolidaci informačního systému.
73. Zadavatel trvá na tom, aby veškeré materiály související s předmětnou veřejnou zakázkou, které byly zadavatelem Úřadu zaslány pod zadavatelem specifikovanými čísly jednacími byly zahrnuty do správního spisu.
74. Obviněný závěrem uvedl, že je přesvědčen, že v předmětném zadávacím řízení postupoval zcela v souladu se zákonem a že byl dodržen postup pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Zadavatel trvá na tom, že se nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 zákona, a navrhuje, aby Úřad předmětné řízení o přestupku zastavil.

#### **Další průběh řízení o přestupku**

75. Usnesením č. j. ÚOHS-08600/2021/541/JCh ze dne 9. 3. 2021 Úřad stanovil obviněnému podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu k provedení úkonu – sdělení stanoviska, zda měl obviněný od okamžiku zadání původní veřejné zakázky na předmětný informační systém do okamžiku zadání veřejné zakázky, tedy v době, kdy byl původní informační systém rozšiřován o celé nové moduly, možnost, jak se ze stavu vendor lock-in vyvázat a doložení uvedeného stanoviska příslušnými podklady (analýzy/smlouvy/odborné posudky), resp. odkazy na podklady již předložené. Dále byla citovaným usnesením stanovena obviněnému podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůta k provedení úkonu – sdělení stanoviska, zda by se v případě vyvázání z tzv. vendor lock-in prostřednictvím pořízení zcela nového informačního systému před zadáním veřejné zakázky jednalo o zásadně neekonomickou variantu a

doložení uvedeného stanoviska příslušnými podklady (analýzy/smlouvy/odborné posudky), resp. odkazy na podklady již předložené.

### **Vyjádření zadavatele ze dne 23. 3. 2021**

76. Dne 23. 3. 2021 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele z téhož dne. Zadavatel v citovaném vyjádření uvedl, k možnosti vyvázání se ze stavu označovaného jako vendor lock-in s odkazem na svá předchozí vyjádření, že proces případné změny dodavatele je extrémně náročný úkon, jehož příprava a vlastní realizace trvá několik let, přičemž ani to není zárukou úspěchu. Zadavatel podotýká, že v době zadání předmětné veřejné zakázky již měl negativní zkušenost s pokusem o spolupráci se společností Assecó Czech Republic, a.s., v roce 2008, která nebyla v průběhu plnění schopna i přes opakované výzvy zadavatele, dostát závazkům ze smlouvy, a to zvláště v oblasti kvality a termínů plnění. Zadavatel tak byl dle svého vyjádření nucen pokračovat v podpoře a rozvoji stávajícího řešení se stávajícím dodavatelem. Zadavatel dále odkazuje na své předchozí vyjádření ze dne 21. 8. 2017.
77. Zadavatel dále uvedl, že při zadávání předmětné veřejné zakázky pracoval se třemi variantami řešení, a to vývojem nového informačního systému, odkupem autorských práv od stávajícího dodavatele a následnou realizací otevřeného řízení na zajištění rozvoje a technické podpory a pokračováním ve spolupráci se stávajícím dodavatelem se záměrem snížit provozní náklady v rámci JŘBU. V podrobnostech zadavatel odkazuje na své vyjádření ze dne 19. 6. 2017.
78. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením, že původní informační systém byl rozšiřován o celé nové moduly. V předmětném zadávacím řízení, jakožto i v předchozích zadávacích řízeních týkajících se předmětných informačních systémů, se dle zadavatele o rozšiřování informačních systémů ePasy a EVC2 vůbec nejednalo, což je dle zadavatele doloženo v zadávací dokumentaci. Zadavatel uvedl, že předmětnou veřejnou zakázkou poptával pouze podporu a rozvoj informačních systémů, nikoliv jejich rozšíření o nové moduly zajišťující funkcionality nesouvisející s předmětem plnění původní veřejné zakázky. Zadavatel v uvedené souvislosti odkazuje na bod 49. rozsudku KS, kde je uvedeno, že je zásadní rozdíl, je-li JŘBU v situaci vendor lock-in využíváno pro rozšiřování software o nové moduly (zahrnující nové činnosti, které dosud zadavatel řešil jiným způsobem - např. pomocí samostatného software) a kdy jde o poptávání služeb fakticky zajišťujících pouze další fungování daného software. Dále obviněný odkázal na bod 50. rozsudku KS, kde je uvedeno, že: *„předmět posuzované zakázky byl formálně vymezen jako podpora a rozvoj stávajících systémů. Pod tyto pojmy by sice teoreticky bylo možné zahrnout nejrůznější činnosti, nicméně ani podrobnější specifikace dílčích činností nenasvědčuje tomu, že by předmětná zakázka vybočovala z toho, co výše soud popsál jako zajištění dalšího fungování software, tj. prodlužování jeho životnosti.“*
79. K možnosti vyvázání se z tzv. vendor lock-in pořízením zcela nového informačního systému zadavatel uvedl, že by se jednoznačně jednalo o nevhodnou variantu, přičemž odkázal na své vyjádření ze dne 19. 6. 2017, kde se zabývá ekonomickou analýzou této varianty. Zadavatel dále uvedl, že se v minulosti pokusil o změnu dodavatele u systému EVC2 na základě otevřeného řízení v roce 2008, přičemž se změnu z technických důvodů nepodařilo realizovat a zadavatel byl nucen pokračovat v podpoře a rozvoji stávajícího řešení s vybraným uchazečem. V uvedené souvislosti zadavatel odkazuje na bod 46 rozsudku KS,

kde je uvedeno, že závěr Úřadu, že zadavatel neučinil nic pro to, aby se „odpoutal“ od vybraného uchazeče, je zjevně lichý. Případný další pokus o výměnu předmětných informačních systémů, resp. jejich dodavatele, lze dle zadavatele považovat nejen za značné provozní, ekonomické, ale i bezpečnostní riziko, což zadavatel dle svého tvrzení prokázal výše uvedeným neúspěšným pokusem o změnu dodavatele, resp. výměnu řešení systému EVC2 v roce 2008, navíc spojené s velkým a neopodstatněným ekonomickým rizikem. Zadavatel v uvedené souvislosti dále odkazuje na své vyjádření ze dne 21. 8. 2017.

80. Zadavatel dále uvedl, že před zadáním předmětné veřejné zakázky v JŘBU byl tento záměr konzultován s Radou vlády pro informační společnost a Odborem hlavního architekta Ministerstva vnitra, což jsou dle zadavatele na zadavateli nezávislé orgány pověřené usnesením vlády kontrolou nadlimitních zakázek a zakázek zadávaných v JŘBU v oblasti informačních technologií. Dle zadavatele byl nadto záměr zadat předmětnou veřejnou zakázku předložen vládě pro informaci na základě usnesení vlády České republiky č. 246 ze dne 10. 4. 2013, která ji vzala bez dalšího na vědomí.

#### **Další průběh řízení o přestupku**

81. Usnesením č. j. ÚOHS-10898/2021/541/JCh ze dne 29. 3. 2021 Úřad stanovil obviněnému podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu k provedení úkonu – sdělení konkrétních technických důvodů, na jejichž základě jmenovaný obviněný vyhodnotil již před zahájením zadávání předmětné veřejné zakázky, že uvedená veřejná zakázka má být zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, a doložení podkladů, ze kterých vyplývá, že zadavatelem uvedené jednotlivé konkrétní technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byly zadavatelem vyhodnoceny ještě před zahájením zadávání uvedené veřejné zakázky, resp. uvedení odkazů na konkrétní části již předložených podkladů.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 12. 4. 2021**

82. Dne 12. 4. 2021 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele z téhož dne. Zadavatel v citovaném vyjádření uvedl, že se u systémů EVC2 a ePasy nejedná o běžné „informační systémy státní správy“, ale o informační systémy veřejné správy (dále jen „ISVS“), což je funkční celek nebo jeho část zabezpečující cílevědomou a systematickou informační činnost pro účely výkonu veřejné správy, jak vyplývá z § 2 b) zákona č. 365/2000 Sb., o informačních systémech veřejné správy a o změně některých dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel rovněž podotýká, že i mezi ISVS mají systémy EVC2 a ePasy velmi specifické postavení, protože se jedná o 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. Dle zadavatele se jedná o nanejvýš specifické informační systémy a jejich technické parametry, rizika a specifika jsou v rámci České republiky naprosto unikátní.
83. Dle zadavatele existovaly pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU technické důvody spočívající v potřebě zajištění systémové kompatibility, eliminace provozních rizik, vysoké specifičnosti a kustomizace požadovaného plnění a vysoké odbornosti pracovníků dodavatele. Dále zadavatel poukazuje na nutnost zajištění kybernetické bezpečnosti těchto i souvisejících informačních systémů, a s přihlédnutím ke zhoršující se mezinárodní bezpečnostní situaci, přičemž zadavatel odkazuje na svá předchozí vyjádření. Dále zadavatel s odkazem na své vyjádření ze dne 21. 8. 2017 a ze dne 6. 9. 2017 dále specifikuje technické důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU.

84. Zadavatel dále opětovně uvedl, že před zadáním předmětné veřejné zakázky v JŘBU byl tento záměr konzultován s Radou vlády pro informační společnost a Odborem hlavního architekta Ministerstva vnitra, přičemž opětovně odkázal na stanovisko RVIS a stanovisko hlavního architekta. Dále zadavatel uvedl odkazy na konkrétní technické důvody v příloženém seznamu technických důvodů a jejich výskytu v dokumentech „Zpráva pro poradu kolegia ministra“, „Informace pro vládu“ a „Záměr předložení informace na vládu dle usnesení vlády č. 246/2013“. Zadavatel dále uvedl, že jím předložené znalecké posudky prokazují, že důvody, a to jak technické, tak ochrany výhradních práv, v době před zadáním předmětné veřejné zakázky skutečně existovaly, přičemž cituje předmětné části znaleckého posudku a dodatku ke znaleckému posudku.
85. Zadavatel má za to, že splnil požadavek ustálené judikatury soudů na prokázání, že před zadáním veřejné zakázky v JŘBU měl jasnou a odůvodněnou vědomost o existenci technických důvodů pro tento druh zadávacího řízení, že situaci dostatečně vyhodnotil a že pro své rozhodnutí měl dostatečné podklady, které v té době již existovaly.

#### **Další průběh řízení o přestupku**

86. Usnesením č. j. ÚOHS-12622/2021/541/JCh ze dne 13. 4. 2021 Úřad stanovil obviněnému podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu k provedení úkonu – doložení podkladů, ze kterých by jednoznačně vyplývalo, že jmenovaný obviněný zadal veřejnou zakázku 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, nebyl schopen uvedenou zakázku úspěšně realizovat, tedy např. příslušné smlouvy, odstoupení od smlouvy, případně jiné související dokumenty ze kterých je zřejmý důvod odstoupení od smlouvy, případně označení, ze kterých částí již doložených podkladů uvedené skutečnosti vyplývají.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 27. 4. 2021**

87. Dne 27. 4. 2021 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele z téhož dne. Zadavatel v citovaném vyjádření uvedl, že proces změny dodavatele není záležitostí jednoduchou, ale procesem extrémně náročným, jehož příprava a vlastní realizace trvá několik let. Zadavatel uvedl, že se v roce 2008 pokusil při řešení systému EVC2 spolupracovat se společností Asseco Czech Republic, a.s., které se ale nepodařilo příslušné řešení dodat, přičemž zadavatel odkazuje na příslušné příložené dokumenty. Dne 14. 6. 2010 zaslal zadavatel dle svého tvrzení společnosti Asseco Czech Republic, a.s. oznámení o odstoupení od smlouvy, které zaslal přílohou ke svému vyjádření. Následující soudní spor se jmenovanou společností skončil dle zadavatele dohodou o narovnání ze dne ze dne 7. 12. 2011. Dle zadavatele je uvedené příkladem značného úsilí, jakož i finančních prostředků vynaložených na změnu stávajícího řešení, které však, vzhledem ke komplexnosti řešení, specifičnosti problematiky, požadavkům na integraci s návaznými systémy, enormním nárokům na odbornost dodavatele v množství vzájemně provázaných oblastí a dalším požadavkům, nevedlo k úspěšné realizaci. Dle zadavatele se změnu nepodařilo realizovat a zadavatel byl nucen pokračovat v podpoře a rozvoji stávajícího řešení se stávajícím dodavatelem, když důvodem nesplnění veřejné zakázky byly technické důvody (např. chybějící technické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt). V uvedené souvislosti zadavatel rovněž odkazuje na své vyjádření ze dne 21. 8. 2017.

88. Z uvedeného dle zadavatele vyplývá, že zadavatel v dobré víře a na základě obecné snahy a tlaku ve věci omezení jednacích řízení bez uveřejnění, uzavřel smlouvu s dodavatelem Asseco Czech Republic, a.s., který podal ekonomicky nejvýhodnější nabídku v otevřeném řízení na náhradu systému EVC2. Změnu se však dle zadavatele z technických důvodů nepodařilo realizovat a zadavatel byl nucen pokračovat v podpoře a rozvoji stávajícího řešení se stávajícím dodavatelem.

#### **Další průběh řízení o přestupku**

89. Usnesením č. j. ÚOHS-19340/2021/541/JCh ze dne 10. 6. 2021 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
90. Na základě žádosti ze dne 15. 6. 2021 požádal obviněný o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
91. Usnesením č. j. ÚOHS-20197/2021/541/V Sv ze dne 16. 6. 2021 prodloužil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

#### **Vyjádření zadavatele ze dne 21. 6. 2021**

92. Zadavatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 21. 6. 2021, které bylo Úřadu doručeno téhož dne, uvedl, že u některých podkladů pro vydání rozhodnutí uvedených v záznamu do spisu č. j. ÚOHS-19309/2021/541/JCh ze dne 9. 6. 2021 není uvedeno, zda obsahují přílohy. Některé přílohy jsou dle zadavatele v citovaném záznamu vedeny jako samostatné podklady. S ohledem na nejednoznačnost obsahu podkladů rozhodnutí žádá obviněný Úřad o zařazení celé jím zaslané dokumentace k veřejné zakázce jako podklad rozhodnutí.

### **VI. ZÁVĚRY ÚŘADU**

93. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů a vyjádření předložených účastníkem řízení, na základě vlastních zjištění, rozsudku KS a rozsudku NSS řízení o přestupku zahájené dne 10. 8. 2017 z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona obviněným při zadávání předmětné veřejné zakázky podle § 117a písm. f) zákona zastavil, neboť v řízení o přestupku zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.
94. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

#### **Relevantní ustanovení zákona**

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

96. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
97. 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.
98. Podle § 117a písm. f) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona.
99. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku

#### **Skutečnosti zjištěné z předložené dokumentace**

100. V dokumentu „Informace členům vlády“, který tvoří přílohu dopisu předsedovi vlády ze dne 18. 12. 2015 jsou uvedeny následující důvody zadání v JŘBU:
- vybraný uchazeč je vlastníkem zdrojových kódů a neumožní do nich přístup třetí straně,
  - uvedená veřejná zakázka tak může být mj. z důvodů ochrany výhradních práv plněna jen jedním dodavatelem.

Přílohu citovaných „Informace členům vlády“ dále tvoří „Záměr předložení informace na vládu dle Usnesení vlády č. 246/2013 - materiál pro projednání veřejné zakázky RVIS“, kde je uvedeno:

- je organizačně nezvládnutelné a ekonomicky nevýhodné realizovat veřejnou zakázku vlastními kapacitami nebo jako novou zakázku, přičemž je odkázáno na negativní zkušenost s firmou Asseco Czech Republic, a.s., v letech 2008-2010,
- dále jsou zde popsány alternativní varianty, a to vývoj nových systémů s odhadovanými náklady cca 85 mil. Kč pro systém ePasy a 60 mil. Kč pro systém EVC2 a varianta odkupu zdrojových kódů na příslušné informační systémy od vybraného uchazeče v ceně 68 mil. Kč včetně DPH a 56 mil. Kč bez DPH.

101. Přílohou dokumentu „Pro poradu kolegia ministra“ ze dne 14. 10. 2015 jsou následující dokumenty.

- „Předkládací zpráva“, kde jsou uvedeny následující skutečnosti:
  - je organizačně nezvládnutelné a ekonomicky nevýhodné realizovat veřejnou zakázku vlastními silami nebo jako nová zakázka, je odkázáno na negativní zkušenost s firmou Asseco Czech Republic, a.s., v letech 2008-2010,
  - jsou zde popsány alternativní varianty, a to správa systému vybraným uchazečem, správa systémů vlastními kapacitami (nutnost odkupu zdrojových kódů na příslušné informační systémy od vybraného uchazeče

v ceně 56 mil. bez DPH) a varianta vývoje nového informačního systému ve spolupráci s Ministerstvem vnitra, na kterou není mj. dostatek finančních prostředků.

- „Podrobnější technické zdůvodnění jednotlivých variant zadání podpory systému ePasy a EVC2“
    - zadavatel není vlastníkem autorských práv u systémů EVC2 a ePasy, a je tedy závislý na vybraném uchazeči. Dále jsou zde popsány varianty řešení, a to vývoj nových informačních systémů, odkup zdrojových kódů (s vyčíslením nákladů 56 mil. bez DPH) pro zadavatele a pokračování spolupráce s vybraným uchazečem.
102. V písemné výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 11. 2. 2016 zadavatel jako důvod zadání šetřené veřejné zakázky v JŘBU uvedl *„...zejména z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví podle zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů.“*
103. V příloze „Informace členům vlády“ k dopisu „Pro informaci členům vlády“ ze dne 18. 12. 2015 uvedl zadavatel technické důvody a důvody ochrany autorských práv jako odůvodnění zadání předmětné veřejné zakázky postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění.
104. V dopise ředitele odboru Hlavního architekta eGovernmentu ze dne 2. 10. 2015 je uvedeno, že vzhledem k současné přechodové situaci ohledně informačních systémů Evidence obyvatel, Občanských průkazů a Rodných čísel není vhodné, aby došlo k možné destabilizaci ještě v další oblasti (ePasy). V oblasti správy a výdeje víz (EVC2) jde dle citovaného dopisu o podobnou situaci, navíc s prokazatelným ekonomickým přínosem pro Českou republiku. Proto se dle citovaného dopisu zdá být argumentace prodloužení spolupráce s vybraným uchazečem přiměřená. Odbor Hlavního architekta tak nemá námítky proti zadání veřejné zakázky formou JŘBU vybranému uchazeči vzhledem k argumentu udržitelnosti státní správy.
105. V bodu 4. 2 smlouvy o podpoře je uvedeno, že maximální cena za plnění předmětu veřejné zakázky v části „podpora“ činí 4 647 720,- Kč ročně bez DPH za oba systémy. V bodu 4. 2 smlouvy o rozvoji je uvedeno, že maximální cena za plnění předmětu veřejné zakázky v části „rozvoj“ činí 4 647 720,- Kč ročně bez DPH za oba systémy.
106. V bodu 4.1.7.2 a 4.1.7.3 znaleckého posudku znalec konstatuje, že vlastnictví autorských práv nebo držení licenčních práv v rozsahu umožňujícím úpravy a zásahy do díla, jeho rozvoj a podporu zadavateli dává pouze právní možnost pro provádění dalšího vývoje a rozvoje předmětného softwaru včetně podpory, rozvoje a servisních prací subjektem podle výběru zadavatele. Vlastnil-li by zadavatel autorská a majetková práva nebo licenční práva v rozsahu umožňujícím úpravy a zásahy do díla, jeho rozvoj a podporu, měl by zdrojové kódy, ale neměl by specialisty, kteří by drželi dané technické know-how uměli ho aplikovat na tvorbu podpory, servisu a dalšího rozvoje softwaru.
107. V bodu 4.1.7.4 znaleckého posudku znalec dovozuje, že držení autorských práv nebo držení licenčních práv v rozsahu umožňujícím úpravy a zásahy do díla, jeho rozvoj a podporu je smysluplné pouze v případě, že zadavatel vlastní technické know-how a je schopen ho



aktivně rozvíjet. Outsourcing uvedených činností vrací dle znalce zadavatele pod nezbytnost aplikace JŘBU.

108. V bodu 4.2.1 dodatku ke znaleckému posudku znalec uvedl, že samotný přístup ke zdrojovým kódům nic neřeší. Zdrojové kódy k uvedeným systémům jsou dle citovaného bodu dodatku č. 1 ke znaleckému posudku tak komplexním a nepřehledným dílem, že jejich využití bez detailní znalosti technického know-how, bez jejich popisu, bez procesních schémat a řady dalších důležitých informací, nepřináší prakticky žádný význam.
109. V bodu 4.2.2 dodatku ke znaleckému posudku je uvedeno, že licenční práva umožňující úpravy a zásahy do předmětných informačních systémů sama o sobě z technického pohledu nic neřeší, neboť je lze ošetřit smluvně. Poskytnutí širokých práv závisí dle znalce pouze na ochotě/neochoť současného výrobce je poskytnout. Dle znalce je ale výše popsaná existence technických omezujících podmínek nezávislá na licenčních a jiných majetkových právech vážících se k předmětnému softwaru ePasy a EVC2, které další rozvoj systému a podpory na základě otevřených jednání pro každou takovou akci činí z technických důvodů nemožnou.

#### **K výroku tohoto rozhodnutí**

110. V šetřeném případě zadavatel zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jednací řízení bez uveřejnění podle tohoto ustanovení zákona je přitom zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna z technických důvodů, z uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem. Úřad obecně uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 4 písm. a) zákona je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž 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. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. V totožném duchu se vyjádřil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je *„[m]ožné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.“*
111. Otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou rozhodovací praxí soudů 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. Jednací řízení

bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) rovněž 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).

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

115. 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.
116. V návaznosti na teoretická východiska použití jednacího řízení bez uveřejnění, Úřad přistoupil k posouzení, zda byly v šetřeném případě naplněny důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 19. 6. 2017 i v následujících vyjádřeních v rámci předmětného správního řízení uvedl, že jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání šetřené veřejné zakázky zvolil z důvodů ochrany výhradních práv i technických důvodů. V návaznosti na uvedené důvody se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda byly pro zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění naplněny důvody spočívající v ochraně výhradních práv, přičemž v této souvislosti Úřad zdůrazňuje, že především zohlednil právní názor vyslovený v této věci v rozsudku KS.
117. Z vyjádření zadavatele ze dne 28. 7. 2017 v rámci šetření podnětu 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 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.
118. Z výše citovaného vyjádření ze dne 28. 7. 2017 a 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 117. tohoto rozhodnutí) je dále sjednáno, že zadavatel má k programům uživatelská práva, zatímco autorská práva a přístup ke zdrojovým kódům zůstávají vybranému uchazeči.

119. Z vyjádření zadavatele ze dne 28. 7. 2017 a 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 ochrany výhradních práv systémů EVC2 a ePasy, než jaká je zakotvena ve výše uvedených smlouvách (viz bod 117. tohoto rozhodnutí), resp. zadavatel měl až do dne podpisu dvou smluv na šetřenou veřejnou zakázku pouze uživatelská práva k předmětným informačním systémům.
120. 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 ochrany výhradních práv, že by v tomto ohledu do okamžiku zadání šetřené veřejné zakázky nastala jakákoliv změna, resp. zadavateli po celou dobu zůstávala uživatelská práva k předmětným informačním systémům a ostatní výhradní práva zůstávala vybranému uchazeči.
121. 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 žádná jiná výhradní práva umožňující zásahy do předmětných informačních systémů. Z předložené dokumentace ani z žádného vyjádření zadavatele rovněž nikterak nevyplývá, že by zadavatel získal zdrojové kódy a s nimi související autorská práva k předmětným informačním systémům, ačkoli se o získání zdrojových kódů zadavatel v minulosti pokoušel, avšak z důvodu vysoké ceny nebylo uvedené nikdy realizováno. S přihlédnutím k tomu, že původní smlouvy obsahovaly toliko právo užívat předmětné systémy a ani v průběhu doby nedošlo k rozšíření těchto práv, např. získáním zdrojových kódů, Úřad konstatuje, že v šetřeném případě existovaly důvody spočívající v ochraně výhradních práv, kterými bylo „vynuceno“ zadání šetřené veřejné zakázky vybranému uchazeči (srov. bod 36 rozsudku KS).
122. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí i ze závěrů rozsudku KS (srov. bod 36 rozsudku KS) 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 dalších podmínek, a to
- (i) zda měl zadavatel podklady o důvodech spočívajících v ochraně výhradních práv již před zahájením JŘBU,
  - (ii) zda si zadavatel stav exkluzivity nezpůsobil sám a
  - (iii) zda by šlo o zjevně nepřiměřenou ekonomickou náročnost v případě realizace veřejné zakázky ze strany třetí osoby.

123. Úřad se tedy dále zabýval otázkou, zda měl zadavatel podklady o důvodech spočívajících v ochraně výhradních práv již před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění na předmětnou veřejnou zakázku.
124. Důvody ochrany výhradních práv spolu s informací o vlastnictví zdrojových kódů vybraným dodavatelem uvedl zadavatel již v dokumentu „Informace členům vlády“, který tvoří přílohu dopisu předsedovi vlády ze dne 18. 12. 2015 (viz bod 100. tohoto rozhodnutí), tedy v dokumentu, který vznikl před zahájením předmětného jednacího řízení bez uveřejnění. Skutečnost, že zadavatel není vlastníkem autorských práv u systémů EVC2 a ePasy, a je tedy závislý na vybraném uchazeči, je rovněž vyhodnocena v příloze „Podrobnější technické zdůvodnění jednotlivých variant zadání podpory systému ePasy a EVC2“ dokumentu „Pro poradu kolegia ministra“ ze dne 14. 10. 2015, tedy rovněž v dokumentu, který vznikl před zahájením předmětného jednacího řízení bez uveřejnění (viz bod 101. tohoto rozhodnutí). Rovněž 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 uvedl zadavatel důvody ochrany autorských práv vedle technických důvodů, jako odůvodnění zadání předmětné veřejné zakázky postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy také v dokumentu, který vznikl před zahájením předmětného jednacího řízení bez uveřejnění (viz bod 103. tohoto rozhodnutí).
125. Z výše vedeného je zřejmé, že zadavatel vyhodnotil potřebu ochrany výhradních práv (a s ní související nemožnost přístupu ke zdrojovým kódům), jejíž objektivní existence je dovozena v bodech 116. až 121. tohoto rozhodnutí, jako důvod zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění již před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Nad rámec uvedeného Úřad doplňuje, že z uvedených bodů tohoto rozhodnutí je rovněž zřejmé, že za podklady svědčící o důvodech spočívajících v ochraně výhradních práv již před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění na předmětnou veřejnou zakázku lze označit rovněž smlouvy na předmětné informační systémy, ze kterých vyplývá, že zadavatel nevlastnil výhradní práva umožňující podporu a rozvoj předmětných informačních systémů, ale toliko uživatelská práva.
126. Úřad dále konstatuje, že pro možnost využití jednacího řízení bez uveřejnění nemůže být „stav exkluzivity“ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) vytvořen samotným zadavatelem (jinak nelze hovořit o naplnění materiální podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění). Opačný závěr by byl zcela v rozporu se smyslem a účelem zásad, na kterých je právní úprava veřejných zakázek postavena, a to zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace (srov. bod 35 rozsudku KS). Proto se Úřad dále zabýval otázkou, zda si zadavatel v šetřeném případě stav exkluzivity nezpůsobil sám.
127. Úřad konstatuje, že nutnost podpory a rozvoje je (za předpokladu jeho smysluplného využití) spojena s existencí jakéhokoliv informačního systému obdobného typu jako byl poptávaný předmět plnění veřejné zakázky, a proto lze obecně konstatovat, že uzavírá-li zadavatel smlouvu na implementaci obdobného informačního systému, lze jednoznačně předpokládat, že musí vědět, že v relativně blízké budoucnosti bude s největší pravděpodobností poptávat podporu a rozvoj předmětného informačního systému na další období. Lze však taktéž konstatovat, že zajištění těchto podpůrných činností bude rozumně vyžadováno v určitém časovém horizontu, který je pro provoz takového systému předvídatelný. S ohledem na

právní názor vyjádřený v rozsudku KS (bod 45.) Úřad proto dovozuje, že pokud v šetřeném případě informační systémy EVC2 a ePasy vycházejí z původní smlouvy uzavřené již dne 21. 1. 1997, resp. původní smlouvy na ePasy ze dne 4. 4. 2006 (podrobněji viz body 117. až 120. tohoto rozhodnutí), nelze v šetřeném případě v souvislosti s takto významným časovým odstupem od uzavření původní smlouvy přičítat zadavateli k tíži, že měl předpokládat, že tentýž informační systém bude používat také za deset či dvacet let a bude opět poptávat jeho podporu a rozvoj. Současně i přesto, že z ustanovení původní smlouvy k EVC2 je sice zřejmé, že zadavatel věděl o tom, že bude požadovat v budoucnu rozšíření informačního systému (viz bod 3. tohoto rozhodnutí), nelze na základě žádných podkladů dovodit, že by pod popsané plánované „rozšíření“ spadala nyní posuzovaná veřejná zakázka (viz také bod 132 odůvodnění tohoto rozhodnutí), resp. že by zadavatel již v roce 1997 plánoval, že bude i na období 2016-2019 poptávat podporu a rozvoj tohoto informačního systému a že by uvedený požadavek dosud nebyl naplněn jedním z dříve uzavřených dodatků, které se na rozdíl od nyní posuzované veřejné zakázky (jejímž předmětem je podpora a rozvoj stávajících funkcionalit informačního systému) mohly skutečně týkat rozšíření (o nové moduly) předmětných informačních systémů (viz bod 45. rozsudku KS).

128. Na základě uvedeného tak Úřad uzavírá, že na základě předložených podkladů nelze konstatovat, že zadavatel měl v době uzavření původní smlouvy ze dne 21. 1. 1997 resp. původní smlouvy na ePasy ze dne 4. 4. 2006 předpokládat, že tentýž informační systém bude používat po takto dlouhé časové období a že bude opět na období let 2016-2019 poptávat jeho podporu a rozvoj, resp. že by byl „stav exkluzivity“ (tj. nezbytnost splnění zakázky pouze určitým dodavatelem) vytvořen zaviněním samotného zadavatele.
129. Úřad k uvedenému dále s odkazem na bod 46 rozsudku KS konstatuje, že „zavinění“ zadavatele nutně nemusí být dovozováno jen z jednání zadavatele v době původní kontraktace, nýbrž také z dlouhodobé nečinnosti zadavatele v době, kdy měl zadavatel k dispozici reálné (tj. mimo jiné také ekonomicky přijatelné – viz dále) možnosti, jak se z vendor lock-in vyvázat. V této souvislosti Úřad zdůrazňuje, že poté, co v rozsudku KS byl označen závěr uvedený v napadeném rozhodnutí spočívající v tvrzení, že *zadavatel neučinil nic pro to, aby se odpoutal od vybraného uchazeče*, za zjevně lichý, přistoupil Úřad k opětovnému posouzení dané situace a v intencích rozsudku KS uvádí následující.
130. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 27. 4. 2021 uvedl, že proces změny dodavatele je extrémně náročný a jeho příprava a vlastní realizace trvá několik let. Zadavatel v citovaném vyjádření uvedl, že se v roce 2008 pokusil při řešení systému EVC2 spolupracovat se společností Asseco Czech Republic, a.s., které se ale nepodařilo příslušné řešení dodat. Zadavatel dále doložil smlouvu se společností Asseco Czech Republic, a.s., ze dne 10. 11. 2008 na vytvoření vízového informačního systému zadavatele a dokument „Odstoupení od smlouvy“ ze dne 14. 6. 2010, ve kterém zadavatel odstoupení od citované smlouvy odůvodňuje skutečností, že vady plnění citované smlouvy vylučují užívání plnění nebo jejich dílčích částí. Z uvedených podkladů tak dle Úřadu vyplývá snaha zadavatele o zajištění alternativního vízového informačního systému, resp. snaha o odpoutání se od vybraného uchazeče. Na základě uvedených podkladů tak nelze konstatovat, že by byl zadavatel dlouhodobě nečinný, resp. že by nevykazoval snahu vyvázat se z vendor lock-in.
131. Úřad současně vyhodnotil jako snahu zadavatele vyvázat se z vendor lock-in, a tedy snahu odpoutat se od původního dodavatele, rovněž i situaci, kdy se zadavatel v roce 2015 snažil

o odkup zdrojových kódů na příslušné informační systémy od vybraného uchazeče. Za předmětné zdrojové kódy však vybraný uchazeč požadoval 56 mil. Kč bez DPH, a tak zadavatel nabídku vybraného uchazeče neakceptoval (viz bod 136. tohoto rozhodnutí, kde je dovozena zjevná ekonomická nepřiměřenost uvedené varianty).

132. Dále Úřad v souladu s body 49 a 50 rozsudku KS posoudil, zda bylo jednací řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky využíváno v situaci *vendor lock-in* pro rozšiřování software o nové moduly, či zda šlo o poptávání služeb fakticky zajišťujících pouze další fungování daného software (viz též rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 22. 1. 2020, č. j. 31 Af 17/2018-99). V šetřeném případě je předmět posuzované veřejné zakázky formálně vymezen jako podpora a rozvoj stávajících systémů. Z předmětných smluv na plnění veřejné zakázky vyplývá, že jde o technickou a konzultační podporu prováděnou formou jednorázových zásahů nebo dílčím plněním technické podpory a rozvoj stávajících informačních systémů (viz body 12. a 13. tohoto rozhodnutí). Z žádné části předmětných smluv na plnění veřejné zakázky nevyplývá zásadní rozšíření o další nadstavbové funkcionality nad rámec původního účelu a smyslu předmětných informačních systémů, resp. nic nenasvědčuje tomu, že by předmětná veřejná zakázka zajišťovala jiný účel než zajištění dalšího fungování software, tj. prodlužování jeho životnosti (srov. bod 50 rozsudku KS).
133. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel svým postupem nezavdal příčinu pro vznik autorskoprávních omezení, která by mohla být objektivně přisuzována jeho zavinění, a tudíž ani v tomto ohledu nebyl naplněn jeden z výše uvedených aspektů posuzování materiální oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, resp. nelze konstatovat, že by byl v šetřeném případě „stav exkluzivity“, tedy nezbytnost splnění zakázky pouze vybraným uchazečem, vytvořen samotným zadavatelem.
134. Úřad se dále v souladu se závěry rozsudku KS (přestože hospodárnost, jak bylo konstatováno v rozsudku KS, nemůže být samostatným důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění) zabýval ekonomickými argumenty zadavatele, aby vyhodnotil, zda tyto vypovídají toliko o prosté ekonomické nevýhodnosti alternativy k zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU, nebo o zásadní ekonomické nevýhodnosti, která může podporovat existenci důvodů ochrany výhradních práv.
135. Přílohu dokumentu „Informace členům vlády“, který tvoří přílohu dopisu předsedovi vlády ze dne 18. 12. 2015 je „Záměr předložení informace na vládu dle Usnesení vlády č. 246/2013-materiál pro projednání veřejné zakázky RVIS“. V citovaném dokumentu je jako alternativní varianta uveden vývoj nových IS s odhadovanými náklady cca 85 mil. Kč pro systém ePasy a 60 mil. Kč pro systém EVC2. Přestože v uvedeném případě nejde o detailní ekonomickou analýzu nákladů na alternativní informační systémy, lze souhlasit se zadavatelem, že náklady na vývoj alternativních informačních systémů k systémům EVC2 a ePasy, které by měly stejný rozsah a funkcionality, by byl pro oba informační systémy v součtu v řádech stovek milionů Kč. S ohledem na cenu předmětné veřejné zakázky (viz bod 105. tohoto rozhodnutí) tak lze konstatovat, že by se v případě vývoje alternativních informačních systémů k systémům EVC2 a ePasy jednalo o zásadně ekonomicky nevýhodnou variantu ve smyslu rozsudku KS (viz bod 52. rozsudku KS).

136. V citovaném dokumentu je jako další alternativní varianta uvedena varianta odkupu zdrojových kódů na příslušné informační systémy od vybraného uchazeče v ceně 56 mil. Kč bez DPH. Vzhledem ke skutečnosti, že uvedená cena by musela být připočítána k ceně za plnění předmětu předmětné veřejné zakázky, pokud by tato byla plněna jiným dodavatelem, lze s ohledem na cenu předmětné veřejné zakázky (viz bod 105. tohoto rozhodnutí) konstatovat, že by se rovněž v uvedeném případě jednalo o zásadní ekonomickou nevýhodnost ve smyslu bodu 52 rozsudku KS.
137. S ohledem na výše dovozené závěry ve vztahu k naplnění podmínek pro postup zadavatele v JŘBU v předmětné veřejné zakázce je zřejmé, že v šetřeném případě objektivně existovala výhradní práva svědčící vybranému uchazeči, s ohledem na něž nebylo možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu. Dále je zřejmé, že byly naplněny i další podmínky pro zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU, a to, že zadavatel měl podklady o důvodech spočívajících v ochraně výhradních práv již před zahájením JŘBU (viz body 123. až 125. tohoto rozhodnutí), zadavatel si stav exkluzivity nezpůsobil sám (viz body 126. až 133. tohoto rozhodnutí) a současně lze konstatovat, že by v případě realizace veřejné zakázky ze strany třetí osoby šlo o zjevně nepřiměřenou ekonomickou náročnost (viz body 134. až 136. tohoto rozhodnutí). Úřad uzavírá, že v šetřeném případě tak bylo shledáno, že při zadávání předmětné veřejné zakázky byly naplněny podmínky pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona (viz bod 122. tohoto rozhodnutí) spočívající v ochraně výhradních práv. Vzhledem ke skutečnosti, že pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona postačuje naplnění jednoho důvodu stanovených tímto ustanovením pro postup dle JŘBU, kterým je v šetřeném případě důvod spočívající v ochraně výhradních práv, nezabýval se Úřad dále otázkou, zda byly pro zadání šetřené veřejné zakázky v JŘBU naplněny i technické důvody.
138. S ohledem na výše uvedené tak Úřad řízení o přestupku zahájené dne 10. 8. 2017 z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona obviněným při zadávání předmětné veřejné zakázky podle § 117a písm. f) zákona zastavil, neboť v řízení o přestupku zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

## POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Mgr. Markéta Dlouhá  
místopředsedkyně



**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