



UOHSX00BU8L8

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0172/2018/VZ-00026/2018/322/PJe

Brno: 3. ledna 2019

V řízení o rozkladu ze dne 29. 10. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Moravskoslezský kraj**, IČO 70890692, se sídlem 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 6. 9. 2018 společností MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0355/2018/VZ-29780/2018/541/AHr ze dne 12. 10. 2018 vydanému v řízení o přestupku zahájeném dne 6. 9. 2018 z moci úřední, ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Správa identit krajské korporace**“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož „Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“ bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 11. 2017 a bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-032857 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 226-471492,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0355/2018/VZ-29780/2018/541/AHr ze dne 12. 10. 2018

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení vedené před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Moravskoslezský kraj, IČO 70890692, se sídlem 28. října 2771/117, 702 00 Ostrava (dále jen „**obviněný**“ či „**zadavatel**“) – zahájil jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“<sup>1</sup>), dne 13. 10. 2017 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „**výzva**“) společnosti NEWPS.CZ s. r. o., IČO 25625632, se sídlem Přemyslovská 2845/43, 130 00 Praha 3 (dále jen „**vybraný dodavatel**“ nebo „**původní dodavatel**“) za účelem zadání veřejné zakázky „Správa identit krajské korporace“ jednacím řízením bez uveřejnění, jehož „Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante“ bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 11. 2017 a bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-032857 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 226-471492 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem veřejné zakázky je dle bodu 3.2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy „*zajištění rozšíření stávajících prostředků a funkcionalit systému pro správu identit krajského úřadu tak, aby byly pokryty veškeré plánované aktivity související s rozvojem sdílených služeb a rozšíření využívání technologie identity managementu (IDM) v ICT vybraných příspěvkových organizacích Moravskoslezského kraje (lokální IDM, integrace významných systémů organizace, napojení na Active Directory, bezpečná autentizace, synchronizace s JIP, podpora eIDAS atd.), včetně zajištění technické podpory ode dne účinnosti smlouvy, a to v rozsahu a za podmínek blíže specifikovaných v této výzvě (zadávací dokumentaci), zejm. v příloze č. 1.*“.
3. Z části „Vysvětlení“ „Přílohy D1: Obecné zakázky“ „Oznámení o dobrovolné průhlednosti ex ante,“ které bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 24. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-032857 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 11. 2017 pod ev. č. 2017/S 226-471492 (dále jen „**oznámení ex ante**“) vyplývá, že zadavatel využil pro zadání veřejné zakázky jednacím řízením bez uveřejnění, neboť „*v současné době využívá systém pro správu identit*“ (dále jen „**IDM**“), „*který byl pořízen v rámci projektu e-Government Moravskoslezského kraje (II. – VI. část výzvy) spolufinancovaného z IOP,*“

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 67 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

(dále jen „**projekt**“) kdy vybraný dodavatel „*reflektoval tehdejší potřeby zadavatele s dostatečnou rezervou pro další rozvoj.*“ Z této části oznámení ex ante dále vyplývá, že zadavatel přijal v roce 2014 novou strategii rozvoje sdílených služeb, která „*řádově překonává původní představy o potřebě správy identit,*“ pročež „*pro umožnění dalšího rozvoje sdílených služeb, portálu pro občany apod. je nezbytné zvýšit rozsah nasazení IDM směřující k multilicenčnímu modelu a rozšířit systém o potřebné funkcionality reagující zejména na vznik Národní identitní autority,*“ což „*výrazně rozšíří možnosti autorizovaného přístupu různých subjektů k portálovým službám a je naprosto v souladu s architekturou ICT zadavatele zpracovanou v roce 2016.*“ Dle výše uvedeného vysvětlení je projekt, v jehož rámci byl pořízen IDM, do 31. 5. 2020 ve fázi udržitelnost a „*po tuto dobu jej nelze vyřadit z provozu,*“ přičemž „*podstatné části provozovaného IDM*“ jsou autorským dílem vybraného dodavatele, a zároveň vybraný dodavatel není ochoten poskytnout licenci k provedení příslušných zásahů do IDM.

4. Ze znaleckého posudku Ing. Miroslava Saferny, znalce v oboru ekonomika a kybernetika, ze dne 26. 6. 2017 (dále jen „**znalecký posudek**“), vyplynulo, že po posouzení celkových nákladů jednotlivých variant, tj. varianty nového řešení a varianty rozvoje stávajícího řešení, by pořízení zcela nového jednotného IDM by nebylo z hlediska principu řádného hospodáře vhodnější než rozšíření stávajícího řešení jednacím řízení bez uveřejnění (z hlediska porovnání celkových nákladů spojených s oběma variantami, tj. variantou kompletně nového řešení a variantou rozvoje stávajícího řešení).
5. Dne 28. 12. 2017 uzavřel zadavatel na předmět plnění veřejné zakázky s vybraným dodavatelem „Smlouvu na zajištění Správy identit krajské korporace“ (dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku**“).

#### **Postup před zahájením správního řízení**

6. Na základě kontroly postupu obviněného, zahájené na základě oznámení o zahájení kontroly č. j. ÚOHS-K0003/2018/VZ-10987/2018/544/MBo ze dne 16. 4. 2018, které bylo obviněnému doručeno téhož dne, Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) v kontrolním zjištění protokolu o kontrole ze dne 1. 8. 2018 (dále jen „**protokol o kontrole**“) konstatoval, že obviněný při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu s 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného dodavatele vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání „Smlouvy o poskytnutí služeb vnitřní integrace úřadu, poskytnutí licencí a zajištění dalších souvisejících služeb“ ze dne 12. 10. 2012 (dále jen „**smlouva o dílo ze dne 12. 10. 2012**“).
7. Tato smlouva byla uzavřena na plnění veřejné zakázky s názvem „Vnitřní integrace úřadu (Analýza, Identity management, Portál, Integrovaná platforma) II.“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek dne 26. 03. 2012 a téhož dne i uveřejněno pod ev. č. 210611, (dále jen „**původní veřejná zakázka**“).
8. Proti kontrolnímu zjištění v protokolu o kontrole podal obviněný dne 16. 8. 2018 námitky, ve kterých navrhl, aby Úřad jeho námitkám vyhověl a přijal kontrolní zjištění, že obviněný

při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v rozporu s § 63 odst. 3 písm. c) zákona. Přípisem č. j. ÚOHS-K0003/2018/VZ-24675/2018/544/MBo ze dne 6. 9. 2018 sdělil Úřad zadavateli, že podané námitky budou v souladu s § 14 odst. 3 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole, (kontrolní řád), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**kontrolní řád**“) vyřízeny v tomto správním řízení.

### **Průběh správního řízení**

9. Úřad, který je příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, získal na základě kontroly oprávněnosti užití jednacímho řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, vedené pod sp. zn. ÚOHS-K0003/2018/VZ, pochybnosti o tom, zda se obviněný při zadávání veřejné zakázky nedopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, pročež zahájil z moci úřední řízení o přestupku.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-S0355/2018/VZ-26098/2018/541/AHr ze dne 6. 9. 2018. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno dne 6. 9. 2018 a tímto dnem bylo podle § 249 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.
11. Dne 17. 9. 2018 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne. Zadavatel se nejdříve odkázal na argumentaci uvedenou v námitkách proti protokolu o kontrole. K pochybnosti Úřadu ohledně naplnění tzv. materiální podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění zadavatel s odkazem na rozhodovací praxi uvedenou v námitkách uvádí, že pro posouzení naplnění materiální podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění je nutné odpovědět na otázku, zda tento stav zadavatel zavinil, z čehož dle zadavatele vyplývá, že „nikoli každé jednání zadavatele, které předcházelo založení exkluzivity, bude možné bez dalšího posoudit jako jednání zaviněné.“ K tomu zadavatel doplňuje, že z rozhodovací praxe uvedené v námitkách vyplývá, že zavinění zadavatele ve vztahu k nastolení exkluzivity bude shledáno v případě, že postup zadavatele vykazuje znaky účelnosti a úmyslu obejít zákon, přičemž vyjadřuje své přesvědčení, že v jeho postupu není možné shledat účelovost a úmysl obejít zákon. Úřad dle obviněného nepřesně parafrázuje tzv. materiální podmínku aplikace § 63 odst. 3 písm. c) zákona. Hovoří-li Úřad o tom, že důvod ochrany výhradních práv vytvořil obviněný v důsledku svého vědomého postupu, není obviněnému zjevné, čeho přesně si měl být vědom. Závěrem svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby Úřad správní řízení o přestupku v souladu s § 86 zákona o přestupcích zastavil, neboť skutek, o němž se vede správní řízení, není přestupkem.

### **II. Napadené rozhodnutí**

12. Dne 12. 10. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0355/2018/VZ-29780/2018/541/AHr (dále jako „**napadené rozhodnutí**“). Rozhodnutí bylo obviněnému doručeno téhož dne.
13. Výrokem č. I napadeného rozhodnutí Úřad vyslovil, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že pro zadání veřejné zakázky nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. c) zákona, když použil pro zadání veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť v daném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních

práv vybraného dodavatele vytvořil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smlouvy o dílo ze dne 12. 10. 2012 s vybraným dodavatelem, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal veřejnou zakázku, a to na základě uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s vybraným dodavatelem.

14. Výrok č. I odůvodnil Úřad posouzením splnění formální a materiální podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění. Došel k závěru, že formální podmínka byla splněna z důvodu, že smlouvou o dílo ze dne 12. 10. 2012 se obviněný *de facto* zavázal, že nebude zasahovat do systému v rozsahu předmětu studie proveditelnosti, a že takový zásah neumožní ani osobě odlišné od vybraného dodavatele, jenž je výhradním vlastníkem licenčních práv na tento systém a s ním spojeného know-how, z čehož vyplývá, že je to pouze vybraný dodavatel, kdo je oprávněn předmět plnění původní veřejné zakázky v budoucnu rozšiřovat. Pokud jde o materiální podmínku, poukázal Úřad nejprve na to, že z judikatury správních soudů, jakož i z rozhodovací praxe Úřadu vyplývá, že zásadě hospodárnosti zadávání veřejných zakázek, jejímž naplněním obviněný mj. odůvodňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění v šetřeném případě, nemá a nemůže být automaticky přiznána aplikační přednost před povinností postupovat v řízení o zadání veřejné zakázky podle zákona. K výše uvedenému odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013-131 ze dne 15. 10. 2015. V potaz je třeba brát zejména hospodárnost zvoleného řešení z dlouhodobého hlediska. Hospodárnost má být zajišťována především dodržováním postupů stanovených zákonem. V situaci, kdy předmětem veřejné zakázky bylo plnění v rychle se rozvíjející oblasti ICT služeb a kdy záměr jeho rozvoje byl přijat již v roce 2014, lze legitimně očekávat další poptávku po jeho změnách. Dle rozhodovací praxe Úřadu nelze postup, kdy zadavatel opakovaně uzavírá s vybraným uchazečem smlouvy o provozování a úpravách systému na základě jednacího řízení bez uveřejnění, za hospodárnější, než kdyby byly zadány na základě více otevřených zadávacích řízení, kde se uplatní hospodářská soutěž. Politické rozhodnutí o změně koncepce ICT nemůže být považováno za skutečnost objektivní povahy a je plně přičitatelné zadavateli. Ve zdejším případě obviněný mohl a měl předpokládat budoucí potřebu navazující veřejné zakázky, neboť se jedná o dynamicky rozvíjející se oblast služeb.
15. Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku č. I uložil Úřad obviněnému výrokem č. II napadeného rozhodnutí pokutu ve výši 200 000 Kč.
16. Výrokem č. III napadeného rozhodnutí uložil Úřad obviněnému uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.

### **III. Rozklad obviněného**

17. Dne 29. 10. 2018 obdržel Úřad rozklad obviněného z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Obviněný podal rozklad v zákonné lhůtě.

#### **Námítky rozkladu**

18. Obviněný namítl, že rozhodnutí je nepřezkoumatelné, pokud jde o závěr Úřadu, že již v době zadání původní zakázky mohl obviněný předpokládat potřebu budoucího plnění veřejné zakázky, pročež materiální podmínka nemůže být naplněna. Obviněný v době zadání původní veřejné zakázky potřebu zadání veřejné zakázky předvídat nemohl. Obviněný se rovněž ohradil proti tvrzení Úřadu, že použití jednacího řízení bez uveřejnění opírá o ekonomické

důvody. Zdůraznil, že jeho použití opírá o důvod spočívající v existenci výhradních práv vybraného dodavatele. Ekonomické aspekty nemohou být samy o sobě důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, nicméně zadavatel je musí vzít v potaz při zvažování svého postupu v návaznosti na zjištění, že existuje výhradní právo stávajícího dodavatele. Argument Úřadu, že se změnou potřeb zadavatele v oblasti ICT je třeba vždy počítat, a použití jednacího řízení bez uveřejnění proto nelze změnou potřeb odůvodňovat, nemůže dle obviněného obstát, neboť rozhodovací praxe naopak změnu potřeb zadavatele akcentuje. Opačný přístup je nepochopením nejen rozhodovací praxe, ale v konečném důsledku rovněž popření jakékoli možnosti využít jednacího řízení bez uveřejnění v případě, že má být navazováno na již realizované řešení. Za nepřiléhavý považuje obviněný odkaz Úřadu na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015-95 ze dne 12. 5. 2016 učiněný v bodě 83. napadeného rozhodnutí, neboť rozhodné skutkové okolnosti tam řešeného případu byly zcela odlišné od případu řešeného zde, neboť zde obviněný nepřistupoval na licenční podmínky stávajícího dodavatele, ale stanovil je sám s ohledem na svoje v té době rozumně předvídatelné potřeby. Podle obviněného se měl Úřad při posuzování splnění materiální podmínky zabývat především účelností vynaložených prostředků, možným znehodnocením původní investice, otázkou proměnlivosti úkonů zadavatele a „samoúčelností“ předcházejících kroků zadavatele, jak vyplynulo z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017. Obviněný nesouhlasí s tím, že by byly překonány závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013. Závěry vyplývající z bodu 94. napadeného rozhodnutí jsou dle obviněného uměle vytvořeným pravidlem a nevyplývají ze zákona. Obviněný nakonec namítl, že při výměře pokuty Úřad nedostatečně zohlednil skutečnost, že zadavatel před zadáním veřejné zakázky podnikl kroky za účelem zjištění existence důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, když ověřil existenci výhradních práv vybraného dodavatele s.r.o. a dále pak rovněž zkoumal reálnost jiných možných postupů, kterými by se mohl dobrat zamýšleného výsledku, zadavatel v souvislosti se zadáním veřejné zakázky rovněž uveřejnil dobrovolné oznámení ex ante.

19. Na základě všeho výše uvedeného je obviněný přesvědčen, že napadené rozhodnutí je nesprávné a nezákonné.

#### **Závěr rozkladu**

20. Na základě výše uvedených argumentů navrhl obviněný napadené rozhodnutí zrušit v celém rozsahu a věc vrátit k novému projednání Úřadu.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

21. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

22. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho

vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu ve spojení s § 98 odst. 1 přestupkového zákona přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání napadeného rozhodnutí předcházelo, v plném rozsahu.

23. Tímto přezkumem nebyly zjištěny důvody pro zrušení ani změnu napadeného rozhodnutí podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu, ani pro další postupy uvedené v § 90 odst. 1 až 4 téhož zákona. Z toho důvodu bylo nutno dle § 152 odst. 6 písm. b) správního řádu ve spojení s § 90 odst. 5 věty první téhož zákona, jakož i ve spojení s jeho § 152 odst. 5 rozklad zamítnout a napadené rozhodnutí potvrdit.

#### **V. K důvodům potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu**

24. Podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona může zadavatel použít jednací řízení bez uveřejnění také, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.
25. Podle čl. 32 odst. 2 písm. b) bod iii) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 může být jednací řízení bez uveřejnění použito, jestliže stavební práce, dodávky nebo služby mohou být dodány jen konkrétním hospodářským subjektem z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví, přičemž výjimky z tohoto ustanovení se použijí jen v případě, že neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada a že neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky.
26. V odstavci 50 odůvodnění preambule 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 se uvádí, že „*S ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.*“.
27. S ohledem na to, že těžiště argumentace obviněného tkví v otázce vytvoření a zavinění existence zákonného důvodu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, dále v otázce předvídatelnosti budoucí potřeby zadat navazující veřejnou zakázku a nakonec v otázce, kdo nese důkazní břemeno ohledně naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, je vhodné nejdříve shrnout relevantní závěry dosavadní rozhodovací praxe dotýkající se těchto otázek. U těchto rozhodnutí, které se týkají předchozí právní úpravy, předseda podotýká, že jejich závěry jsou natolik obecné, že jsou plně aplikovatelné i za současného právního stavu. Zvýraznění tučným písmem bylo doplněno předsedou.

28. K důkaznímu břemeni se v rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004, ve věci C-385/02 *Komise proti Itálii* k ustanovení čl. 7 odst. 3 písm. b) směrnice Rady 93/37/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, které je obsahově obdobné citovanému ustanovení čl. čl. 32 pozdější směrnice, uvádí: „Ustanovení čl. 7 odst. 3 směrnice, která povolují výjimky z pravidel směřujících k zajištění efektivitativy práv zaručených Smlouvou o ES v odvětví veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18. května 1995, *Komise v. Itálie*, C-57/94, *Recueil*, s. I-1249, bod 23, a ze dne 28. března 1996, *Komise v. Německo*, C-318/94, *Recueil*, s. I-1949, bod 13).“.
29. V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53 se uvádí: „Jednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. **Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastatou situací dostupnými právními prostředky změnit.**“.
30. Na rozsudek č. j. 5 Afs 42/2012 - 53 se ohledem otázky zavinění odkázal i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 28. 6. 2017, č. j. 31 Af 35/2015 - 80: „Je jistě zcela na místě, aby se Úřad zabýval otázkou, zda je postup zadavatele skutečně zaviněný, nicméně hodnocení této otázky by mělo přijít na řadu teprve poté, co zadavatel unese důkazní břemeno ohledně 1) autorskoprávních a 2) ekonomických a technických otázek. Teprve až ve chvíli, kdy žalobce prokáže, že z těchto důvodů je možné zadat zakázku pouze určitému subjektu, nastupuje případný korektiv zaviněně způsobené situace (srov. již opakovaně citovaný rozsudek pátého senátu Nejvyššího správního soudu. (...))“ a dále: „(...) **pokud již správní orgán dospěje k tomu, že je nutné se zabývat zaviněním daného stavu, musí se zabývat především účelností vynaložených prostředků, možným znehodnocením původní investice, otázkou proměnlivosti úkonů zadavatele a „samoučelností“ předcházejících kroků zadavatele. Jde tedy o komplexní posouzení, které musí být důkazně podloženo a v tomto případě důkazní břemeno tíží jednoznačně správní orgán.**“.
31. V souvislosti s výše citovaným rozsudkem č. j. 5 Afs 42/2012 – 53 uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017 – 34 (bod 20.): „Jediným možným řešením je zároveň třeba rozumět jediné ekonomicky přijatelné řešení. **Zadavatel tedy musí před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv rovněž zvážit, zda nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní.** Může tak docílit např. vytvořením nového informačního systému tzv. „na zelené louce“ či odkoupením nebo rozšíření licence takovým způsobem, aby se o veřejnou zakázku mohl ucházet i jiný dodavatel (srov. Již citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 As 149/2014 – 68).“, dále pak (bod 21.): „Unese-li zadavatel důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a správní orgán má stále o naplnění těchto podmínek pochybnosti, je na správním orgánu, aby jejich splnění vyvrátil. **Primárně však důkazní břemeno spočívá na zadavateli.**“ a také (bod 28): „**Teprve pokud zadavatel své důkazní**



***břemeno unese a správní orgán má stále o naplnění těchto podmínek pochybnosti, je na správním orgánu, aby jejich splnění vyvrátil. V posuzovaném případě však stěžovatel důkazní břemeno neunesl. Stěžovatel ve svých podáních opakovaně popisoval okolnosti, které vedly k zadání veřejné zakázky. Na podporu zvoleného řešení uváděl důvody spíše organizačně-provozní povahy jako: nutnost zachovat kontinuitu informačního systému (s ohledem na technické vybavení a zkušenosti úředníků s předchozím systémem), údajná ekonomická výhodnost řešení či spory s dodavatelem ekonomického systému GINIS. Žádný z těchto důvodů však není důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění.“***

32. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010-332 uvedl: „*Jak již uvedl Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, publikovaném ve Sb. NSS pod č. 1771/2009, cílem ZVZ „je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli“. Zásady podle § 6 ZVZ (tj. zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace), které je zadavatel povinen při postupu podle ZVZ vždy dodržovat, je tak třeba doplnit o zásadu hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky a zásadu zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Přestože tyto dvě naposledy uvedené zásady nejsou v ZVZ výslovně mezi základními zásadami uvedeny, je třeba, aby v souladu s nimi zadavatel postupoval, neboť i na nich je postaven ZVZ a v jejich naplnění je samotný smysl zadávání veřejných zakázek podle ZVZ.“ a dále uvedl, že „[p]řestože soud v obecné rovině souhlasí se žalovaným v tom, že by si měla státní organizace při budování nákladnějších informačních systémů, jejichž vývoj navíc kompletně financuje, smluvně vyhradit mj. právo ke změně a další úpravě informačního systému, a to i jiným než původním dodavatelem, nemůže se tato skutečnost na daném řízení nijak projevit. V daném případě totiž žalovaný netvrdí a ani v minulosti nedeklaroval, že by nevhodné chování žalobce bylo pochybením, kterým by žalobce porušil ZVZ.“*
33. V rozsudku ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95 Nejvyšší správní soud uvedl k možnosti liberace zakotvené v § 121 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, toto: „[115] Žalobce b) tvrdí, že sice uzavřel nevýhodné licenční podmínky, avšak následně se snažil činit vše proto, aby je zmírnil. Takový postup však není postupem, s nímž zmiňované ustanovení spojuje možnost liberace. [116] Negativní skutečnost, která vedla k sankcionování žalobce b) za správní delikt dle zákona, je uzavření nevýhodných licenčních podmínek. Aby se mohl žalobce b) z odpovědnosti za toto své jednání liberovat, musel by prokázat, že vynaložil veškeré úsilí, aby zabránil uzavření takových licenčních podmínek nebo aby tyto licenční podmínky zmírnil ve svůj prospěch. Následná snaha o jejich zmírnění jej nemůže liberovat ve smyslu § 121 odst. 1 zákona, nicméně žalovaný tuto snahu promítl do výše uložené pokuty.“
34. Nyní lze učinit následující obecné závěry. Možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění je možností zcela výjimečnou, neboť tento druh zadávacího řízení v zásadě vůbec nezaručuje uplatnění hospodářské soutěže o veřejnou zakázku. Právní ustanovení, která tuto možnost zakotvují, musí být proto vykládána co nejvíce restriktivně, neboť užití jednacího řízení bez uveřejnění samo o sobě vždy ohrožuje hospodárnost nakládání s veřejnými prostředky.

Hospodářská soutěž, je totiž právě tím jevem reality trhu, který je ve vztahu k poptávce zadavatele nejlépe způsobilý generovat ekonomicky nejvýhodnější nabídky.

35. Použití jednacího řízení bez uveřejnění je možné za kumulativního splnění formální podmínky, materiální podmínky a nakonec podmínky ekonomické výhodnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění, jak plyne například z citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017 – 34. K oprávněnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění nepostačuje naplnění pouze jedné či několika z těchto podmínek, ale musí být naplněny současně.
36. Dále bude vysvětleno, co tyto podmínky zahrnují a zda byly splněny ve zdejším případě. Na základě toho potom bude učiněn závěr, zda bylo použití jednacího řízení oprávněné či nikoliv.
37. Formální podmínku představuje naplnění důvodů, pro které je užití tohoto druhu zadávacího řízení zákonem dle jeho textu dovoleno a které se koncentrují v ustanovení § 63 zákona.
38. Závěr, že formální podmínka ve zde projednávaném případě splněna byla, přijal Úřad v bodě 75. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ani předseda o tom nemá pochybnosti.
39. Namítá-li obviněný, že Úřad nesprávně pochopil, o co obviněný opřel svůj závěr o možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, pak je třeba podotknout, že Úřad vzal za prokázané splnění formální podmínky, tedy naplnění zákonného důvodu podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona. Z odůvodnění napadeného rozhodnutí však jasně vyplývá, že Úřad nepovažuje splnění formální podmínky za dostačující k závěru o oprávněnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění. Pokud má obviněný dojem, že napadené rozhodnutí stojí na názoru, že obviněný odůvodnil použití zvoleného druhu zadávacího řízení hospodárností nakládání s veřejnými prostředky, zatímco důvod podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona přehlíží, je třeba k tomu uvést, že Úřad nepřehlédl naplnění tohoto zákonného důvodu, avšak současně s tím konstatoval, že zásadě hospodárnosti nelze dát přednost před povinností zadavatele postupovat podle zákona. Z toho ostatně implicitně vyplývá, což již bylo naznačeno výše, že ekonomická výhodnost zvoleného řešení nemůže ospravedlnit nedostatky v materiální podmínce užití jednacího řízení bez uveřejnění. S tím lze zcela souhlasit.
40. Podmínkou materiální je požadavek, aby naplnění formální podmínky nebylo způsobeno zadavatelem, tedy zjednodušeně řečeno požadavek, aby zadavatel zákonný důvod umožňující použití jednacího řízení bez uveřejnění nevytvořil nebo aby nevznikl z důvodu přičitatelného zadavateli. Materiální podmínka o tomto obsahu plyne z výše citovaného právního předpisu Unie, tj. směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 vyložené ve světle jejího odůvodnění. Vnitrostátní právo (zákon), ačkoliv samo materiální podmínku výslovně nezakotvuje, je následně třeba vykládat tzv. eurokonformním výkladem, tedy tak, aby maximálně reflektovalo obsah směrnice. Materiální podmínka nepochybně naplněna není mimo jiné tehdy, pokud zadavatel zákonný důvod vytvořil svým zaviněným jednáním. Právo Unie však zavinění jako takové nezohledňuje, tím méně pak jeho stupeň (úmysl či nedbalost). Právo Unie zohledňuje pouze fakt, že naplnění formální podmínky zadavatel vytvořil či že je mu přičitatelné. Toho se přidržuje i judikatura správních soudů (srovnej citovaný rozsudek č. j. 5 Afs 42/2012 - 53).

41. Formální zákonný důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 63 odst. 3 písm. c) zákona vznikl ve zdejší případě kontraktační činností obviněného s vybraným dodavatelem původní veřejné zakázky, tedy uzavřením smlouvy o dílo ze dne 12. 10. 2012, v níž absentuje ujednání o oprávnění obviněného zasahovat do počítačového programu, které by mu umožnilo zadávat navazující veřejné zakázky otevřenějšími formami zadávacího řízení. Formální zákonný důvod vznikl tedy jednáním, které je přičitatelné obviněnému. To podle práva Unie postačuje k závěru, že materiální podmínka použití jednacího řízení bez uveřejnění naplněna nebyla.
42. Rozkladová námitka, že obviněný důvod ochrany výhradních práv nevytvořil úmyslně či za účelem obejít zákon a že ohledně takového úmyslu Úřad neunesl důkazní břemeno, ve zdejší případě proto nemůže zvrátit závěr, že materiální podmínka naplněna nebyla. Postačí totiž, že obviněný naplnění formální podmínky způsobil jemu přičitatelným jednáním.
43. Ačkoliv to není ve zdejší případě relevantní, protože jedna z podmínek (tj. podmínka materiální) naplněna jistě nebyla, lze obecně říci, že k formální a materiální podmínce užití jednacího řízení bez uveřejnění nakonec přistupuje ještě podmínka ekonomické výhodnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění, jak to dovodil Nejvyšší správní soud ve výše citovaném rozsudku ze dne 28. 3. 2018, č. j. 2 As 292/2017 – 34. Znamená to, že vedle naplnění formálního zákonného důvodu podle § 63 zákona a faktu, že zadavateli existenci tohoto formálního důvodu nezpůsobil ani mu ji nelze přičítat, musí zadavatel před zahájením jednacího řízení bez uveřejnění zvážit, zda je takový postup ekonomicky výhodný. V případech tzv. *vendor lock-in* z důvodu existence výhradních práv musí pak zadavatel zvažovat především, zda nelze existenci výhradních práv za splnění podmínky ekonomické výhodnosti nepoužít nebo rozšířit tak, aby se již nejednalo o práva výhradní. Jednací řízení bez uveřejnění je pak dovoleno jen tehdy, je-li to z pohledu hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky ekonomicky výhodné.
44. Ve zdejší případě nelze podmínku ekonomické výhodnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění považovat za naplněnou. Velmi přílehavě to Úřad odůvodnil v bodu 80. napadeného rozhodnutí, když uvedl: „(...) Úřad uvádí, že nepopírá, že zvolená varianta zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění může být z aktuálního pohledu ekonomicky výhodnější, než varianta spočívající v zadání původní veřejné zakázky výše nastíněným způsobem, avšak v případě budoucího zadávání dalších, navazujících veřejných zakázek tomu tak být nemusí, neboť v šetřeném případě bude zadavatel při zachování podmínek Smlouvy o dílo ze dne 12. 10. 2012 nucen zadávat i navazující veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, kde se neuplatní hospodářská soutěž o veřejnou zakázku mezi potenciálními dodavateli, a vybraný dodavatel nebude mj. nucen odpovídajícím způsobem snížit svou nabídkovou cenu.“. S tím se předseda ztotožňuje a dodává, že v situaci, kdy zadavatel nemá například postaveno na jisto, jaké bude muset na navazující zakázky v případě setrvání ve stavu *vendor lock-in* vynaložit náklady či že je určitě nebude muset vůbec zadávat, nemůže pak zásadně předpokládat, že vychází-li jednací řízení bez uveřejnění jako aktuálně nejlevnější varianta, bude ekonomicky výhodná i z pohledu zadávání navazujících veřejných zakázek, jak to učinil obviněný. S ohledem na dynamický rozvoj odvětví ICT služeb, jakož i na proměnlivost svých veřejnoprávních úkolů musí zadavatelé vždy předpokládat budoucí potřebu rozvoje zadávaných informačních systémů, a tedy i potřebu navazujících veřejných zakázek. Tuto potřebu obviněný do svých úvah nijak nepromítl,

a neunesl tak důkazní břemeno o tom, že je podmínka ekonomické výhodnosti jím zvoleného postupu naplněna.

45. Není ani správný závěr, že by sama ekonomická výhodnost užití jednacního řízení bez uveřejnění byla způsobilá zhojit nedostatek materiální podmínky spočívající v tom, že zadavatel vytvořil formální důvod užití tohoto druhu řízení ve smyslu § 63 zákona. Podmínka ekonomické výhodnosti je další podmínkou užití tohoto druhu řízení, nikoliv však pravidlem, které by požadavek na naplnění podmínek předchozích (materiální a formální) derogovalo. V tom ohledu je nutné se maximálně ztotožnit s Úřadem v tom smyslu, že zásadě hospodárnosti zadávání veřejných zakázek, jejímž naplněním obviněný mj. odůvodňuje použití jednacního řízení bez uveřejnění v šetřeném případě, nemá a nemůže být automaticky přiznána aplikační přednost před povinností postupovat v řízení o zadání veřejné zakázky podle zákona (viz bod 78. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
46. Je-li tedy naplněna formální a materiální podmínka, je na místě, aby zadavatel ekonomickou výhodnost zvažoval. Není-li tomu tak, je to zbytečné, neboť jednacní řízení bez uveřejnění stejně nelze použít. Z toho důvodu nemohou být ve zdejším případě v zásadě relevantní ani závěry ohledně ekonomické výhodnosti možných řešení, byť plynou ze znaleckého posudku, neboť materiální podmínka naplněna nebyla.
47. Pokud jde o námitku obviněného, že se Úřad ve smyslu rozsudku č. j. 5 Afs 42/2012 - 53 nezabýval účelností vynaložených prostředků, možným znehodnocením původní investice a otázkou proměnlivosti úkonů zadavatele, pak je třeba k tomu říci, účelnost prostředků vynaložených na získání oprávnění k zásahům do počítačového programu Úřad posoudit ani nemohl, neboť se tím nezabýval v roce 2012 ani sám obviněný. Znehodnocení původní investice je otázkou ekonomické výhodnosti volby druhu zadávacího řízení, kterážto není relevantní, protože není naplněna ani materiální podmínka užití jednacního řízení bez uveřejnění. Otázka proměnlivosti úkolů zadavatele bude vyřešena níže.
48. Ačkoliv předchozí závěr, že materiální podmínka použití jednacního řízení bez uveřejnění nebyla naplněna, implikuje, že je jeho použití nezákonné, předseda se dále zabýval i tím, jestli obviněný naplnění formální podmínky způsobil zaviněně, neboť dle citované judikatury by tato úvaha měla přicházet až po posouzení splnění formální podmínky a podmínky ekonomické výhodnosti.
49. V právním řádu existuje zásada, že zadavatel má postupovat při zadávání veřejných zakázek hospodárně a tak, aby byla zajištěna hospodářská soutěž. Vyplynulo to z citovaného rozsudku č. j. 62 Af 61/2010-332. Při budování nákladnějších informačních systémů a při zadávání veřejných zakázek na takové systémy je třeba k naplnění této zásady mimo jiné, aby zadavatel usiloval o smluvní vyhrazení si práva ke změně a další úpravě informačního systému. S ohledem na překotný vývoj informačních technologií je totiž možno vždy rozumně očekávat, že informační systém v blízké době zastará či že se ukáže nedostačujícím potřebám zadavatele. Jiný předpoklad je zcela zjevně neobezřetný a nerozumný.
50. Zadavatelé, kterým byly svěřeny úkoly ve veřejné správě, musí nad to vždy očekávat, že budoucí právní úprava může obsah jejich úkolů změnit. Kdy taková právní úprava bude přijata a s jakou účinností, nelze z ničeho spolehlivě dovozovat. Používá-li tedy takový zadavatel informační systém k plnění svých úkolů v rámci veřejné správy, musí vždy počítat

s tím, že z důvodu změny legislativy bude muset být počítačový program měněn. I zde je jiný předpoklad zcela zjevně neobezřetný a nerozumný.

51. Nepředpokládá-li zadavatel výše uvedené eventuality (zastarání informačního systému či změnu legislativy), nejedná obezřetně, a v důsledku toho působí riziko, že s veřejnými prostředky nebude naloženo hospodárně, neboť nebude zajištěna hospodářská soutěž. Taková neobezřetnost je porušením základních zásad zadávání veřejných zakázek.
52. Při zvážení okolností zdejšího případu není ze správního spisu nijak zjevné, že by při uzavírání smlouvy o dílo ze dne 12. 10. 2012 usiloval o sjednání takového licenčního režimu, který by mu umožňoval do počítačového programu, který byl poskytnut jako plnění veřejné zakázky, zasahovat. Předseda při posouzení této skutkové otázky vychází z faktu, že obviněný toto netvrdil a že to není zjevné ani ze zadávací dokumentace původní veřejné zakázky, která je založena v kontrolním spise zn. ÚOHS-K0003/2018 (položka 15, příloha). Nelze tedy z ničeho vyvozovat, že by obviněný poskytnutí oprávnění zasahovat do počítačového programu jakkoliv požadoval. Musel však již tehdy vědět, že hrozí riziko zastarání informačního systému či změn legislativy, které si ve svém důsledku vyžádají změny takového systému, které však s ohledem na absenci oprávnění program měnit bude muset zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění, které ze svojí podstaty neposkytuje ani minimální garanci či zajištění hospodářské soutěže, a tedy ani ekonomické výhodnosti podaných nabídek. Legislativní změny, konkrétně pak tzv. nařízení eIDAS či zákon o kybernetické bezpečnosti, byly přitom jednou z příčin změny potřeb zadavatele (srovnej bod 53. napadeného rozhodnutí). Již tehdy tedy jednal neobezřetně s ohledem na zásadu zajištění hospodárnosti nakládání s veřejnými prostředky a zásadu zajištění hospodářské soutěže.
53. Pojem zavinění, jak jej používá judikatura správních soudů, nepochybně obsahuje zavinění jak úmyslné, tak i nedbalostní. Tato vnitřní dichotomie pojmu zavinění je v českém právním prostředí tradiční a promítá se do všech oblastí právního řádu. Ve zdejším případě jednal obviněný neobezřetně s ohledem na hrozbu budoucí potřeby změn poskytnutého informačního systému, ačkoliv na ni měl brát zřetel, a jednal tedy minimálně v nevědomé nedbalosti, pokud nevěděl, že postupovat obezřetně měl, ale vědět to mohl a musel, neboť požadavek ohledu na zachování hospodářské soutěže a na hospodárné nakládání s veřejnými prostředky vyplynul z judikatury správních soudů ještě před tím, než obviněný zadal původní veřejnou zakázku. Rozsudek krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 pochází totiž ze dne 26. 4. 2012, smlouva na původní veřejnou zakázku byla uzavřena dne 12. 10. 2012. Obviněný tak zavinil porušení základních zásad zadávání veřejných zakázek, jak je vykládá judikatura správních soudů.
54. Obviněný nejenže důvod ochrany výhradních práv sám vytvořil uzavřením smlouvy o dílo ze dne 12. 10. 2012 za nevýhodných licenčních podmínek, ale učinil to i ve stavu zavinění, neboť mohl a měl předpokládat, že oprávnění zasahovat do informačního programu v budoucnu bude potřebovat a přesto o jeho získání neusiloval. Pro úplnost je třeba podotknout, že předmětem tohoto řízení o přestupku není výše popsané protiprávní jednání spočívající v nedodržení základních zásad zadávání veřejných zakázek, nicméně fakt, že k takovému porušení došlo, má zásadní význam v otázce naplnění materiální podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění. Vyplývá z něj totiž, že obviněný zavinil naplnění podmínky formální, protože materiální podmínka naplněna být nemůže. Otázka oprávněnosti použití tohoto druhu zadávacím řízení je potom předmětem zdejšího řízení.

55. Obviněný se nemohl odpovědnosti za přestupek ani zprostit, neboť ve smyslu výše citovaného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 – 95 neučinil vše pro to, aby zabránil sjednání nevýhodných licenčních podmínek.
56. Pokud jde o námitku obviněného, že nemohl předvídat budoucí změnu svých potřeb, neboť vznikla až rozhodnutím nově zvolené politické reprezentace, s čímž spojuje námitku nepřezkoumatelnosti. K tomu je třeba uvést, že není podstatné, jestli vlastní budoucí rozhodnutí mohl obviněný předvídat či nikoliv.
57. Princip předvídatelnosti budoucí změny potřeb zadavatele lze uplatňovat jen, pokud změnu potřeb způsobí objektivní, na zadavateli nezávislá (tj. nikoliv subjektivní) vnější okolnost, kterou nebylo možno s rozumnou měrou obezřetnosti předvídat. Takovou objektivní, vnější a na zadavateli nezávislou okolností jistě není rozhodnutí zadavatele. To je totiž okolností mající původ ve vnitřních poměrech zadavatele a je vždy plně přičitatelné zadavateli zcela obdobně, jako jsou rozhodnutí orgánů jiných právnických osob přičitatelná těmto právnickým osobám. Následné rozhodnutí politické reprezentace územního samosprávného celku přijaté jeho příslušným orgánem, které mění stávající koncepci ICT služeb, nemůže proto zvrátit závěr o tom, že obviněný důvod ochrany výhradních práv zaviněným jednáním (uzavřením smlouvy), které se mu přičítá, sám vytvořil.
58. Brát v potaz to, že následná změna potřeb zadavatele, pro kterou ostatně byla zadána veřejná zakázka, vznikla na základě jeho rozhodnutí, které v době zadání původní veřejné zakázky nemohl z důvodu následné výměny politického vedení vůbec předvídat, by nakonec bylo samo o sobě absurdní. Závěr, že zadavatel může při sjednání smlouvy na původní veřejnou zakázku vytvořit formální důvod užití jednacího řízení bez uveřejnění a následně touto formou zadávat navazující veřejné zakázky na další související plnění, k nimž je třeba oprávnění nakládat s výhradními právy k předmětu plnění původní veřejné zakázky, ať už by charakter takového souvisejícího plnění byl jakýkoliv, je zcela proti smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, má-li být legitimizován výhradně rozhodnutím zadavatele. Právní úprava zadávání veřejných zakázek sice zásadně nelimituje zadavatele v tom, jaké plnění bude poptávat, zcela určitě ho však svazuje přísnými pravidly v tom, jakou formu kontraktačního procesu (tj. zadávacího řízení) zvolí. Zásadně jsou přitom preferovány ty druhy zadávacího řízení, které umožňují co nejširší uplatnění hospodářské soutěže. Jednací řízení bez uveřejnění pak musí být naprostou výjimkou a lze jej použít jen v případech, kdy to zákon z objektivních důvodů umožňuje. Ve výše naznačeném příkladu by však zadavateli stačilo sjednat nevýhodné licenční podmínky (stejně jako ve zdejším případě) a následně by mohl ohledně navazujících veřejných zakázek užití jednacího řízení bez uveřejnění ospravedlnit pouhým poukazem na to, že později přehodnotil své potřeby, což jistě objektivní důvod nepředstavuje.
59. Námitce nepřezkoumatelnosti ze všech uvedených důvodů proto nelze přisvědčit.
60. Obdobně lze nahlížet na skutečnost, že veřejná zakázka byla financována prostředků pocházejících z dotace, kdy poskytnutí těchto finančních prostředků bylo spojeno se závazkem provozovat získaný software po určité dobu (tj. dobu udržitelnosti projektu). Tyto okolnosti vznikly rovněž rozhodnutím obviněného požádat o dotaci a přistoupit na dotační podmínky. Vedle toho musely být navíc obviněnému zjevné již při zadání původní veřejné zakázky. Jedná se tedy rovněž o subjektivní okolnosti plně přičitatelné obviněnému

a tento jimi nemůže ospravedlňovat nenaplnění materiální podmínky užití jednacního řízení bez uveřejnění.

61. K námitce obviněného, že ve zdejším případě nepřistupoval na licenční podmínky stávajícího dodavatele, ale stanovil je sám s ohledem na svoje v té době rozumně předvídatelné potřeby, je třeba uvést, že je nerozhodné, kdo při kontraktaci konkrétní smluvní ujednání prosadil, ale rozhoduje, že je obviněný svým projevem vůle učinil součástí závazkového právního stavu s vybraným dodavatelem, což implikuje, že je mu takové ujednání přiřitatelné.
62. Předseda nakonec zdůrazňuje, že zadavatelé musejí na užívání jednacního řízení bez uveřejnění nahlížet z dlouhodobého hlediska. Opakované zadávání veřejných zakázek na navazující plnění může ve svém výsledku vést ke značnému plýtvání veřejnými prostředky, neboť v tomto druhu zadávacího řízení se neuplatňuje hospodářská soutěž, která je, jak už bylo řečeno, nejefektivnějším nástrojem k zajištění co nejvýhodnějších podmínek plnění veřejné zakázky. Úkolem zadavatelů proto je již při zadávání původní veřejné zakázky aktivně usilovat o prosazení co nejširší hospodářské soutěže i v navazujících veřejných zakázkách a jednacímu řízení bez uveřejnění se, pokud možno, vyhýbat, není-li z objektivních důvodů nevyhnutelné.
63. Pokud jde o uložení sankce, je třeba se ohradit proti postupu Úřadu popsanému v bodě 116. napadeného rozhodnutí, podle kterého Úřad při posuzování přiměřenosti výše pokuty ve vztahu k ekonomické situaci obviněného vyšel ze stavu aktiv obviněného. Standardním ekonomickým měřítkem přiměřenosti pokut ukládaných územním samosprávným celkům v oblasti veřejných zakázek by měl být plánovaný rozpočet na příslušný rok, nikoliv stav aktiv. Toto měřítko Úřad ve své rozhodovací praxi obvykle uplatňuje a ve zdejším případě není důvod od toho upouštět. Z toho důvodu předseda posoudil výši pokuty i ve vztahu k plánovaným příjmům a výdajům obviněného podle schváleného rozpočtu na rok 2018. Předseda s ohledem na to uzavírá, že pokuta v uložené výši 200 000 Kč nemůže mít likvidační charakter. Souhrnné údaje rozpočtu jsou dostupné z:

[https://www.msk.cz/assets/verejna\\_sprava/1rozpocet-na-rok-2018---souhrnne-udaje.pdf](https://www.msk.cz/assets/verejna_sprava/1rozpocet-na-rok-2018---souhrnne-udaje.pdf)

64. K námitce, že Úřad při výměře pokuty nezohlednil obviněným namítané polehčující okolnosti, tj. že obviněný podnikl kroky za účelem zjištění existence důvodů pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, předseda uvádí, že tyto okolnosti nemohou být považovány za polehčující okolnosti, neboť je povinností zadavatele použít jednací řízení bez uveřejnění jen z důvodů stanovených zákonem. Za tím účelem musí logicky ověřit jejich existenci. K tomu, že obviněný zkoumal reálnost jiných možných postupů, kterými by se mohl dobrat zamýšleného výsledku, odkazuje předseda obviněného na bod 111. odůvodnění napadeného rozhodnutí, z něžž je patrné, že Úřad tyto okolnosti zohlednil. Okolnost, že obviněný uveřejnil oznámení ex ante, sice Úřadem nebyla zohledněna, nicméně předseda uzavírá, že pokuta v uložené výši je vzhledem k závažnosti spáchaného skutku již tak relativně mírná, není proto třeba ji dále snižovat.
65. S ohledem na to, že byl potvrzen výrok č. I, jakož i č. II napadeného rozhodnutí, byl potvrzen i výrok č. III napadeného rozhodnutí neboť předseda neshledal dalších důvodů, pro které by jej bylo třeba zrušit.

66. Předseda přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy i jeho správnost a konstatuje, Úřad správně zjistil skutkový stav věci, jakož i že věc správně po právní stránce posoudil.

**VI. Závěr**

67. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že nenastaly důvody postup dle § 90 odst. 1 až 4 správního řádu, bylo rozhodnuto tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

**POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží:**

MT Legal s. r. o., advokátní kancelář, IČO 28305043, se sídlem Jakubská 121/1, 602 00 Brno

**Vypraveno dne:**

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