UOHSX00BN27V

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0024/2018/VZ-31061/2018/511/ŠNo Brno: 24. října 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 24. 1. 2018 z moci úřední, jehož pokračování bylo oznámeno dopisem č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-22408/2018/511/ŠNo ze dne 1. 8. 2018 a jehož účastníkem je

- obviněný – Česká republika – Finanční analytický úřad, IČO 05575389, se sídlem Washingtonova 1621/11, 110 00 Praha,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, při zadávání veřejné zakázky „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017, přičemž oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 7. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-008662 a v Úředním věstníku Evropské unie téhož dne pod ev. č. 2017/S 069-130140,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika – Finanční analytický úřad, IČO 05575389, se sídlem Washingtonova 1621/11, 110 00 Praha – **se dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, tím, že při zadávání veřejné zakázky „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017, přičemž oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 7. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-008662 a v Úředním věstníku Evropské unie téhož dne pod ev. č. 2017/S 069-130140, nedodržel pravidlo stanovené v § 55

citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) citovaného zákona, aniž by k tomu byly splněny zde stanovené podmínky, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný uzavřel dne 3. 4. 2017 se společností TOVEK, spol. s r.o., IČO 49687981, se sídlem U Nikolajky 820/4, 150 00 Praha kupní smlouvu č. 17029L „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika – Finanční analytický úřad, IČO 05575389, se sídlem Washingtonova 1621/11, 110 00 Praha – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ukládá

pokuta ve výši 250 000 Kč (dvě stě padesát tisíc korun českých).

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

III.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se obviněnému – Česká republika – Finanční analytický úřad, IČO 05575389, se sídlem Washingtonova 1621/11, 110 00 Praha – **ukládá**

uhradit **náklady řízení ve výši 1 000 Kč** (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Česká republika – Finanční analytický úřad, IČO 05575389, se sídlem Washingtonova 1621/11, 110 00 Praha (dále jen „obviněný“) – jakožto zadavatel zahájil odesláním výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017 (dále jen „výzva k jednání“) jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 63 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“), za účelem zadání veřejné zakázky „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“, přičemž oznámení o výsledku zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 7. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-008662 a v Úředním věstníku Evropské unie téhož dne pod ev. č. 2017/S 069-130140 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Výzvou k jednání obviněný vyzval k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „JŘBU“) společnost TOVEK, spol. s r.o., IČO 49687981, se sídlem U Nikolajky 820/4, 150 00 Praha (dále jen „vybraný dodavatel“).

3. Předmět veřejné zakázky obviněný vymezil ve výzvě k jednání takto: *„Předmětem výzvy je nadlimitní veřejný zakázka na dodávky na akci s názvem: „DODÁVKA SW PRO*

TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“ Jedná se o dodávku a implementaci SW včetně jeho customizace, s příslušnými licencemi jakožto logická část, navazující na předchozí VZ (dodávka HW). Poptávaný SW bude programovým vybavením pro technologickou základnu, stavebním kamenem je HW (viz VZ „Dodávka HW pro technologickou základnu“). Tento celek umožní navýšení výpočetního výkonu a kapacity datových uložišť stávajícího technického vybavení a spolu s implementovaným customizovaným SW budou tvořit technologickou základnu pro podporu činnosti Finančního analytického úřadu a jeho partnerů z řad orgánů činných v TŘ. Cílem je implementace inovačních technologií, jež umožní detailní a pokročilou analýzu dat, vytěžovaných informací a jejich vizualizaci. Přesná technická specifikace s uvedením veškerých funkčních vlastností a požadavků je v příloze č. 4 a 5.“

4. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky představuje dle výzvy k jednání částku 10 500 000,- Kč bez DPH.

5. Z protokolu o jednání v JŘBU ze dne 17. 3. 2017 vyplývá, že tohoto dne se konalo první jednání obviněného s vybraným dodavatelem. Z protokolu o jednání v JŘBU ze dne 22. 3. 2017 vyplývá, že tohoto dne se konalo další jednání obviněného s vybraným dodavatelem. Z protokolu o otevírání obálek v JŘBU vyplývá, že dne 24. 3. 2017 v 10:01 hodin bylo zahájeno otevírání obálky s nabídkou, které bylo ukončeno „24. 4. 2017 v 10:11 hodin“. Ze zprávy o hodnocení v JŘBU ze dne 24. 3. 2017 vyplývá, že v zadávacím řízení byla podána a hodnocena jedna nabídka (nabídka vybraného dodavatele). V předmětné zprávě o hodnocení je dále uvedeno, že nabídka vybraného dodavatele splnila podmínky účasti v zadávacím řízení a byla obviněným vyhodnocena na „1. místě“. Z oznámení o výběru dodavatele ze dne 24. 3. 2017 vyplývá, že zadavatel vybral k uzavření smlouvy vybraného dodavatele.

6. Dne 3. 4. 2017 obviněný jakožto kupující uzavřel s vybraným dodavatelem jakožto prodávajícím kupní smlouvu č. 17029L „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“ (dále jen „kupní smlouva“).

7. Podle bodu 4. „CENA A PLATEBNÍ PODMÍNKY“ kupní smlouvy činila cena za předmět plnění veřejné zakázky celkem 10 499 970,- Kč bez DPH.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

8. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) obdržel dne 2. 11. 2017 podnět týkající se postupu obviněného při zadávání veřejné zakázky (dále jen „podnět“). Na základě doručeného podnětu si Úřad vyžádal od obviněného písemné vyjádření k podanému podnětu, dokumentaci o zadávacím řízení a další relevantní údaje.

9. Vzhledem k obsahu předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o tom, zda se obviněný nedopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 55 zákona, když dne 3. 4. 2017 uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu na veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na ust. § 63 odst. 3 písm. b) zákona, aniž by k tomu byly splněny zákonem stanovené podmínky, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze vybraný dodavatel, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku zadal, přičemž takový postup mohl ovlivnit výběr dodavatele. Z toho důvodu Úřad zahájil správní řízení z moci úřední ve věci

možného spáchání přestupku obviněným podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona vedené pod sp. zn. S0024/2018/VZ.

10. Pro úplnost Úřad již na tomto místě uvádí, že vzhledem ke skutečnosti, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích"), je třeba s ohledem na § 112 odst. 1 tohoto zákona na dosavadní správní delikty, tedy i na správní delikty upravené zákonem, hledět jako na přestupky. Pro úplnost Úřad uvádí, že v tomto ohledu došlo taktéž ke změně odborného názvosloví, kdy pojem „správní delikt" byl nahrazen pojmem „přestupek". Obdobně pak lze konstatovat, že zákon o přestupcích zavádí pojem „obviněný", kdy podle § 69 tohoto zákona se podezřelý z přestupku stává obviněným, jakmile vůči němu správní orgán učiní první úkon v řízení. Vzhledem ke skutečnosti, že předmětné správní řízení je vedeno ve věci podezření ze spáchání přestupku, je zadavatel v tomto rozhodnutí označován v souladu se zákonem o přestupcích jako obviněný. V tomto ohledu se jedná pouze o změnu odborného názvosloví nemající vliv na hmotněprávní posouzení jednání obviněného, resp. zadavatele.

III. ŘÍZENÍ PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM PRVNÍHO STUPNĚ

11. Podle ust. § 249 zákona ve spojení s ust. § 78 odst. 2 zákona o přestupcích bylo správní řízení ve věci možného spáchání přestupku zahájeno dnem, kdy Úřad doručil obviněnému oznámení o zahájení řízení o přestupku č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-01908/2018/511/ŠNo z téhož dne (dále jen „oznámení o zahájení řízení o přestupku"), tj. dne 24. 1. 2018.

12. Účastníkem správního řízení podle § 256 zákona je obviněný.

13. Usnesením č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-02973/2018/511/ŠNo ze dne 29. 1. 2018 Úřad obviněnému určil lhůtu, v níž byl oprávněn navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.

14. Dne 5. 2. 2018 Úřad obdržel vyjádření obviněného z téhož dne, ve kterém obviněný uvádí, že nenavrhuje žádné další důkazy a odkazuje na veškerá svá předchozí vyjádření.

15. Dne 13. 2. 2018 zástupce obviněného nahlédl do správního spisu.

16. Úřad usnesením ze dne 20. 2. 2018 č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-05111/2018/511/ŠNo stanovil obviněnému lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

17. Obviněný se ve výše uvedené lhůtě, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Vyjádření obviněného před zahájením správního řízení

Vyjádření obviněného ze dne 16. 11. 2017

18. Obviněný ve svém vyjádření k podnětu ze dne 16. 11. 2017 uvedl, že před zahájením veřejné zakázky bylo ze strany „Ministerstva financí, odboru 24 – Finanční analytický úřad", zadáno týmu nezávislých odborníků vypracování „Strategie", v jejímž závěru byla vyslovena doporučení pro realizaci zadávacího řízení na dodávku software. K tomu obviněný dále uvedl následující: *„Experti v nich mimo jiné konstatovali, že dodávku v rámci jediného výběrového řízení lze rozdělit na tři logické úlohy: vyhledávání a vytěžování – strukturované datové zdroje, vyhledávání a vytěžování – nestrukturované datové zdroje a vizualizace a analýza vztahů a výsledků vyhledávání"*. Podle obviněného experti navrhli, aby všechny tři požadované úlohy byly vzhledem k získaným podkladům v rámci průzkumu trhu

a k požadavkům obviněného na zajištění kompatibility jednotlivých úloh cílového řešení dodány jedním uchazečem.

19. Obviněný dále uvedl, že na základě průzkumu trhu uskutečněného v rámci zpracování „Strategie“ bylo osloveno celkem sedm vnitrostátních i zahraničních subjektů. Podle obviněného došel tým expertů na základě podrobné analýzy jejich nabídek k jednoznačnému závěru, že na trhu existuje pouze jediné řešení, které vyhovuje veškerým požadavkům obviněného, a tím je řešení nabízené vybraným dodavatelem. Na základě výše uvedených skutečností bylo dle obviněného v souladu s § 63 odst. 1 zákona přistoupeno k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

20. Závěrem svého vyjádření obviněný uvedl, že v příloze zasílá Úřadu dokumentaci o zadávacím řízení, přičemž některé části dokumentů jsou znečitelněny. K tomu obviněný dále uvedl, že vzhledem k charakteru jeho činnosti se jedná o „velmi citlivé a strategické informace“, které je povinen chránit.

21. Přílohu vyjádření obviněného ze dne 16. 11. 2017 tvořila kromě jiného také část 3.2 „Doporučení pro realizaci výběrového řízení na dodávku software“ dodatku č. 1 závěrečné zprávy realizace projektu „Informační a komunikační strategie na období 2016 – 2020“ (dále jen „závěrečná zpráva“).

Vyjádření obviněného ze dne 27. 11. 2017

22. Úřad obviněného vyzval, aby mu doručil celou závěrečnou zprávu a aby v ní vyznačil konkrétní části, z nichž vyplývá existence pouze jediného dodavatele schopného plnit veřejnou zakázku. Na základě této výzvy obviněný Úřadu doručil své vyjádření ze dne 27. 11. 2017, jehož přílohu tvořila kromě jiného celá závěrečná zpráva.

23. Úvodem svého vyjádření obviněný rekapituluje své předešlé vyjádření ze dne 16. 11. 2017. Dále zde obviněný uvedl, že schopnosti a možnosti dodavatelů plnit požadavky obviněného jsou přehledně uvedeny v tabulce č. 11, následující za stranou 74 závěrečné zprávy, kde jsou porovnány jednotlivé nabídky dodavatelů. Z tabulky č. 11 závěrečné zprávy dle obviněného vyplývá, které požadované vlastnosti je možno zajistit při splnění kompatibility vstupů a výstupů jednotlivých úloh. K tomu obviněný dále uvedl, že *„Jednotlivé záznamy v této matici reflektují odpovědi oslovených dodavatelů v rámci celé studie proveditelnosti. Jak je patrné, ne všechny společnosti byly schopny plnit a to i v rámci jejich subdodavatelů celou množinu úloh, jež vycházely z potřeb zadavatele. (Úlohy: U1 – Vyhledávání v interních datových zdrojích, U2 – Prohledávání nestrukturovaných veřejných dat, U3 – Zpracování a převod strukturovaných dokumentů, U4 – Vizualizace vztahů a výsledků hledání, U5 – Optimalizace provozní infrastruktury a U6 – Zajištění čistoty používaných datových bází). Tým zpracovatelů strategie na základě konzultací s oslovenými dodavateli, vzhledem k jejich nabídkám, navrhl sjednocení některých úloh, jež spolu vzájemně úzce korespondovaly (U1 – Vyhledávání a vytěžování – strukturované datové zdroje (původní U1+U3), U2 – Vyhledávání a vytěžování – nestrukturované zdroje (původní U2+U3), U3 – vizualizace a analýza vztahů a výsledků hledání (původní U4)“*.

24. Podle obviněného z doporučení pro realizaci celého projektu, aby všechny tři požadované úlohy byly dodány jediným dodavatelem, který bude schopný zajistit plnou kompatibilitu, a z analýzy matice parametrů potenciálních řešení v tabulce č. 11 závěrečné zprávy vyplývá,

že požadavky na sjednocení plnění úloh U1, U2 a U3 je schopno zajistit řešení pomocí nabízeného souboru programů pod obchodním názvem ARMS, jehož jediným dodavatelem byl vybraný dodavatel.

Vyjádření obviněného ze dne 1. 12. 2017

25. Ze závěrečné zprávy, kterou obviněný Úřadu doručil společně s vyjádřením ze dne 27. 11. 2017, dle Úřadu vyplývá, že kromě vybraného dodavatele je veřejnou zakázku schopen plnit i dodavatel nabízející řešení „Varianta 2 – Apache Soir, SVAT (Profinit)“. Úřad proto vyzval obviněného, aby jednoznačně vysvětlil a specifikoval technické důvody, pro které nemůže dodavatel nabízející řešení „Varianta 2 – Apache Soir, SVAT (Profinit)“ plnit veřejnou zakázku.

26. Podle svého vyjádření ze dne 1. 12. 2017 obviněný při posuzování závěrů vyplývajících ze „Strategie“ zohlednil tvrzení společnosti Profinit, s.r.o., IČO 25650203, se sídlem Tychonova 2, 160 00 Praha (dále jen „Profinit“), která ve své odpovědi na poptávku ze dne 25. 8. 2016 uvádí, že není schopna veškeré požadavky nabídnout formou hotového řešení a nabízí cestu vývoje řešení na míru. V kapitole 5.3 „Zpracování a převod nestrukturovaných dokumentů do částečně strukturované podoby“ ve své odpovědi na poptávku Profinit dle obviněného doslova uvádí, že *„nedisponuje žádným hotovým řešením, které by pokrývalo tuto problematiku out of the box, ale v případě zájmu o placený vývoj na zakázku jsme schopni nacenit a odhadnout tvorbu popsaného softwaru. Případně máme zkušenosti také s přebíráním softwaru třetích stran a zajištění jejich dalšího rozvoje*.“ K tomu obviněný dále uvedl, že v totožném dokumentu v kapitole 2. „Manažerské shrnutí“ je dále uvedeno, že *„Poptávka obsahovala 4 body, ze kterých ne všechny je schopen Profinit nabídnout formou hotového řešení, a toto i otevřeně uvádíme v naší odpovědi. Přestože věříme, že bychom byli schopni je pokrýt všechny, šli bychom u některých z jít cestou vývoje řešení na míru pro zákazníka, a chápeme, že vzhledem k disponibilnímu času tato varianta není preferována*.“ Podle obviněného je v této kapitole také uvedeno, že *„Poslední oblast „Zpracování a převod nestrukturovaných dokumentů do částečně strukturované podoby“ jsme se rozhodli touto nabídkou detailně nepokrývat. Nedisponujeme v této oblasti hotovým produktem a chápeme, že cesta čistého zákaznického vývoje v tomto bodě není ideální*.“

27. Obviněný dle svého vyjádření požadoval dodávku hotového řešení, které bude přímo implementovatelné. Dodávku software na zakázku formou vývoje obviněný nepovažoval za vhodnou a možnou. Obviněný k tomu uvedl, že takový vývoj není pro něho přijatelný, neboť výsledek uvedeného vývoje je nejistý a nedostatečně určitý a zároveň i časově náročný. Z výše uvedených důvodů Profinit nebyl schopen dle obviněného jeho požadavkům vyhovět, a proto byl osloven vybraný dodavatel.

Vyjádření obviněného ze dne 7. 12. 2017

28. Obviněný na základě výzvy úřadu, aby specifikoval konkrétní ustanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky, ze kterých vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je dodávka hotového řešení, které bude přímo implementovatelné, a nikoliv software na zakázku formou vývoje, uvedl následující citace zadávacích podmínek.

29. Ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění o veřejnou zakázku ze dne 2. 3. 2017 na straně 2 v úvodu obviněný dle svého vyjádření uvádí: *„Předmět veřejné zakázky…*

Předmětem výzvy je nadlimitní veřejná zakázka na dodávky na akci s názvem: „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU"… Jedná se o dodávku a implementaci SW včetně jeho customizace,…". Podle obviněného není v rámci celého znění zadávací dokumentace včetně jejich příloh zmíněn požadavek na vývoj či programátorské služby. Potřeba implementace software včetně jeho customizace představuje dle obviněného případně nutné nastavení na straně dodávaného software, včetně datových zdrojů, na straně obviněného bez potřeby zásadních programátorských zásahů ve vývojovém prostředí předmětného software. Podle obviněného toto obsahové sdělení vykazuje zřetelnou představu obviněného o dodávaném řešení.

30. V příloze č. 4 – „Technická specifikace – požadavky zadavatele" výzvy k jednání v kapitole 5 se dle obviněného uvádí: *„Implementací nabízeného řešení je myšleno začlenění nainstalovaného a oživeného řešení do datové infrastruktury zadavatele…"*. Obviněný dle svého vyjádření na tomto místě zadávacích podmínek upřesňuje požadavek instalace a nastavení příslušných funkcionalit tak, aby dodaný SW nástroj komunikoval se stávajícími datovými zdroji obviněného. Obviněný dále poukazuje na to, že v rámci celého znění zadávací dokumentace s příslušnými přílohami není zmíněn pojem zkušebního, pilotního či ověřovacího provozu, jak tomu je dle obviněného v případech, kdy je požadován vývoj na zakázku.

31. V příloze č. 5 – „funkční vlastnosti poptávaného produktu" výzvy k jednání se dle obviněného poptávané řešení označuje jako „produkt", z čehož lze dle obviněného dovozovat, že se jedná o hotové řešení. V obecných požadavcích této přílohy a opakovaně u každé ze tří úloh je dodavatel dle obviněného vyzýván následovně: *„Dodavatel uvede, zda se jedná se o vlastní produkt nebo zda je řešení založeno na jádře jiného produktu/ů"*. Podle obviněného je dodavatel dotazován k stávajícímu produktu, nikoliv k řešení, které dodavatel teprve zamýšlí vyvinout. Z pohledu sémantiky i z výkladového významu slova „produkt" lze dle obviněného tento výraz logicky nahradit synonymem „výrobek" či „výtvor". Podle obviněného tak nelze z racionálního programátorského pohledu chápat možnost dodání předmětu veřejné zakázky jako dodání formou zakázkového vývoje, neboť vytvoření takového nástroje reálně představuje dle obviněného časově náročný proces. Z toho dle obviněného vyplývá, že plnění předmětu veřejné zakázky v souladu se zadávacími podmínkami je možné pouze v rámci již hotového řešení, které bude po implementaci plně funkční a spolehlivé.

32. Závěrem svého vyjádření obviněný uvedl, že *„zvolil předmětnou zakázku dle jejího předmětu jako veřejnou zakázku na dodávku"*, kterou označil názvem „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU". Pokud by obviněný požadoval vývoj programového vybavení na zakázku dle specifikovaných požadavků, zvolil by dle svého vyjádření jiný postup v souladu s příslušnou legislativou.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 20. 4. 2018

33. Po přezkoumání všech skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-08466/2018/511/ŠNo ze dne 20. 4. 2018 (dále jen „napadené rozhodnutí").

34. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky v JŘBU zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017 nedodržel pravidlo stanovené v § 55 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v JŘBU s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) zákona, aniž

by k tomu byly splněny zde stanovené podmínky, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v JŘBU zadal, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný uzavřel dne 3. 4. 2017 s vybraným dodavatelem kupní smlouvu.

35. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že JŘBU je výjimečný druh zadávacího řízení, který lze použít jen za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek, a že v souladu s judikaturou je tyto podmínky třeba vykládat restriktivně a důkazní břemeno ohledně jejich existence leží na zadavateli. V šetřeném případě prokazoval obviněný oprávněnost použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona především závěrečnou zprávou, dodatkem č. 1 k závěrečné zprávě, průzkumem trhu a odpovědí Profinit na poptávku. Na základě posouzení těchto dokumentů došel Úřad k závěru, že obviněný důkazní břemeno neunesl, když neprokázal, že veřejná zakázka může být z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, splněna pouze vybraným dodavatelem. Úřadu z předložených materiálů naopak vyplývalo, že poptávané řešení mohla nabídnout kromě vybraného dodavatele i společnost Profinit. Úřad dále konstatoval, že postup obviněného spočívající v nezákonném použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona mohl ovlivnit výběr dodavatele, a že obviněný předmětnou veřejnou zakázku zadal uzavřením kupní smlouvy s vybraným dodavatelem. V návaznosti na to Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona.

36. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil obviněnému podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 250 000 Kč.

37. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.

Rozklad obviněného ze dne 4. 5. 2018

38. Proti výrokům I. a II. napadeného rozhodnutí podal obviněný rozklad ze dne 4. 5. 2018 doručený Úřadu téhož dne (dále jen „rozklad“).

39. Obviněný ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí uvedl, že není pravda, že by nedodržel pravidlo uvedené v § 55 zákona, a že by neprokázal, že veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel. Obviněný uvedl, že oprávněnost použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona prokázal provedeným průzkumem trhu, závěrečnou zprávou, dodatkem č. 1 k závěrečné zprávě a odpovědí Profinit na poptávku.

40. Dle obviněného je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, protože je založené na subjektivním hodnocení Úřadu, že obviněný splnění podmínek dostatečně neprokázal. Dle názoru obviněného se ale musí jednat o jasné a prokazatelné porušení podmínek, založené na jednoznačných a objektivních argumentech a hodnoceních.

41. Obviněný namítal, že je výlučným právem každého zadavatele zadat veřejnou zakázku a formulovat její podmínky tak, aby zcela vyhovovala jeho požadavkům, a v tomto konkrétním případě tedy požadovat dodání hotového řešení, které bylo jediným možným

pro zajištění toho, aby mohla být plněna primární role obviněného, tj. provádění analýzy podezřelých obchodů.

42. Dle obviněného Úřad absolutně opominul specifičnost jeho činnosti, která je blízká činnosti zpravodajských služeb. Vzhledem k tomu má předmět veřejné zakázky dle obviněného strategickou a citlivou povahu.

43. Obviněný ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí uvedl, že Úřad při ukládání pokuty opomněl do své úvahy zahrnout polehčující okolnost spočívající v tom, že obviněný poskytl v celém průběhu řízení o přestupku Úřadu řádnou součinnost, ačkoliv v jiných obdobných případech (např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-29169/2017/531/VNe ze dne 9. 10 2017, rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0169/2017/VZ-36177/2017/LVa ze dne 12. 12. 2017, rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0329/2017/VZ-30310/2017/531/MHo ze dne 18. 10. 2017) dle obviněného takovou skutečnost do své úvahy zahrnul.

44. Podle obviněného Úřad při ukládání pokuty opomněl do své úvahy zahrnout také polehčující okolnost spočívající v tom, že obviněný dosud nespáchal žádný přestupek na úseku veřejných zakázek, a ani v souvislosti s činností jeho právního předchůdce „Finančního analytického úřadu Ministerstva financí České republiky“ žádný takový přestupek dle obviněného spáchán nebyl, ačkoliv dle obviněného v jiných případech (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0169/2010/VZ-8695/2010/520/ABr ze dne 20. 10. 2010 nebo rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S198/2012/VZ-7307/2012/520/ABr ze dne 25. 5. 2012) takovou skutečnost do své úvahy zahrnul.

45. Úřad podle obviněného opomněl do své úvahy zahrnout polehčující okolnost spočívající ve zvláštní povaze činnosti obviněného.

46. Obviněný dále namítal, že Úřad v jiném obdobném případě (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0458/2017/VZ-09252/2018/544/MPr ze dne 26. 3. 2018) uložil pokutu ve výši 16 % horní hranice možné pokuty, zatímco v případě řešeném napadeným rozhodnutím ve výši 24 % horní hranice možné pokuty, a to přesto, že v tomto případě svědčí ve prospěch obviněného opomenuté polehčující okolnosti a žádná přitěžující okolnost, na rozdíl od obviněným uvedeného případu.

47. Obviněný závěrem navrhl, aby předseda Úřadu napadané rozhodnutí zrušil.

IV. ROZHODNUTÍ PŘEDSEDY ÚŘADU ZE DNE 19. 7. 2018

48. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0071/2018/VZ-21260/2018/323/PBl ze dne 19. 7. 2018 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“) předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Vyslovil přitom závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

49. Podle předsedy Úřadu Úřad tím, že nedostatečně zjistil a posoudil skutkový stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, rozhodl v rozporu s § 3 ve spojení s § 50 odst. 2 a 3 správního řádu.

50. Úřad v napadeném rozhodnutí dle předsedy Úřadu správně uvedl, že JŘBU je druhem zadávacího řízení, při němž je podstatným způsobem omezena či zcela vyloučena hospodářská soutěž. Z toho důvodu by mělo být použití JŘBU krajním a výjimečným řešením tam, kde plnění požadované zadavatelem není možné zajistit v jiném otevřenějším druhu

zadávacího řízení. Jak předseda Úřadu uvedl, Úřad v napadeném rozhodnutí také správně zdůraznil, že z rozhodovací praxe národních soudů, ale i Soudního dvora Evropské unie (dále jen „Soudní dvůr“) vyplývá, že podmínky, které zákon pro použití JŘBU v daném případě stanoví, musí být vykládány *restriktivně*, *„tj. zužujícím způsobem, který dosah jednotlivých podmínek zúží a použití JŘBU tak bude dopadat na méně případů, než by tomu bylo při doslovném slovním výkladu.“* (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný, P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář.* 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017. Komentář k § 63 zákona. Systém Beck-online). V neposlední řadě Úřad dle jeho předsedy v napadeném rozhodnutí správně uvedl, že na zadavateli leží důkazní břemeno ohledně naplnění důvodů pro použití JŘBU. O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost, a je tedy jeho povinností, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v JŘBU odůvodnil a doložil relevantními podklady.

51. Předseda Úřadu dále uvedl, že JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) ve spojení s § 63 odst. 4 zákona lze použít, pokud jsou současně (kumulativně) splněny tyto podmínky, které musí být vykládány restriktivně:

    a. veřejnou zakázku lze z technických důvodů zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli; kromě tohoto jediného konkrétního dodavatele neexistuje na území Evropské unie žádný jiný dodavatel schopný předmět veřejné zakázky splnit;

    b. zadavatel nemohl využít jiného postupu, zejména neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada zadavatelem poptávaného plnění;

    c. zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

52. Zadavatel je dle předsedy Úřadu povinen nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že ke dni zahájení JŘBU byly všechny výše uvedené podmínky splněny. Ve vztahu k podmínce, že „nelze využít jiného postupu“, se musí zadavatel dle předsedy Úřadu především zabývat tím, zda vedle plnění, které je schopné splnit pouze jeden dodavatel, neexistuje ještě jiné alternativní plnění, které uspokojí potřebu zadavatele stejným nebo obdobným způsobem, a které je schopné splnit více dodavatelů.

53. Předseda Úřadu dále odkazuje na § 3 správního řádu, v němž je zakotvena tzv. zásada materiální pravdy, která spočívá v tom, že za zjištění skutkového stavu věci je primárně odpovědný správní orgán. Tato zásada je dle předsedy Úřadu konkretizována v § 50 odst. 2 správního řádu, dle kterého podklady pro vydání rozhodnutí opatřuje správní orgán, a v § 50 odst. 3 správního řádu, v němž je zakotvena tzv. zásada vyšetřovací, dle které v řízení, v němž má být z moci úřední uložena povinnost, je správní orgán povinen i bez návrhu zjistit všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být povinnost uložena. Předseda Úřadu odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 4 Ads 44/2010 - 132 ze dne 30. 12. 2010, ve kterém je vedeno, že *„[z]vláštní důraz na důkladné zjištění skutkového stavu je pak třeba klást v rámci řízení o uložení pokuty za správní delikt, zahajovaného z úřední povinnosti (ex officio), jako jedné ze základních forem správního trestání. Poukázat zde lze rovněž na významnou úlohu zásady vyšetřovací (vyhledávací) ve smyslu ustanovení § 50 odst. 3 věty druhé správního řádu …“*, a na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 32/2008 - 51 ze dne 28. 8. 2008, kde je v této

souvislosti rovněž uvedeno, že *„[d]ůkazní břemeno k prokázání, že jednání majícího znaky skutkové podstaty přestupku se dopustil obviněný z přestupku, nese správní orgán“*.

54. Předseda Úřadu výše uvedené shrnul takto: *„Pokud tedy národní soudy s odkazem na judikaturu Soudního dvora dospěly k závěru, že je to právě zadavatel, kdo musí prokázat naplnění podmínek, na základě kterých je zadání veřejné zakázky postupem v JŘBU oprávněné, je třeba se těmito závěry řídit. To však neznamená, že Úřad může rezignovat na zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti“.* Úřad je dle předsedy Úřadu povinen (se zvláštním důrazem v řízení o uložení pokuty) opatřovat podklady pro vydání rozhodnutí a zjišťovat veškeré relevantní skutečnosti, ať již svědčící ve prospěch či neprospěch obviněného, tedy postupovat v souladu se zásadou materiální pravdy a zásadou vyšetřovací. V souvislosti s těmito zásadami ve vztahu k JŘBU předseda Úřadu odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017, v němž citovaný soud uvedl, že *„[s] ohledem na takto výjimečnou povahu JŘBU je princip materiální pravdy modifikován rozložením důkazního břemene mezi zadavatele veřejné zakázky a Úřad, … a … důkazní břemeno žalovaného* (v posuzované věci byl žalovaným Úřad – pozn. předsedy Úřadu) *stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel“.*

55. Tedy i přesto, že na obviněného přešlo důkazní břemeno ohledně naplnění důvodů pro použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, Úřad je dle jeho předsedy povinen zjistit a posoudit stav věci do té míry, že o něm nejsou důvodné pochybnosti. Úřad tuto povinnost dle předsedy Úřadu nesplnil, čímž porušil § 3 ve spojení s § 50 odst. 2 a 3 správního řádu. Dále předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí uvádí důvody, proč Úřad povinnost stanovenou v § 3 ve spojení s § 50 odst. 2 a 3 správního řádu nesplnil.

56. Podle předsedy Úřadu Úřad jako poklady pro vydání napadeného rozhodnutí použil zejména závěrečnou zprávu a dodatek č. 1 k závěrečné zprávě. Z pohledu napadeného rozhodnutí se dle předsedy Úřadu jednalo o stěžejní podklady, když zejména závěrečnou zprávu Úřad podrobil analýze a vyvodil z ní závěry o tom, že předmět veřejné zakázky mohla kromě vybraného dodavatele splnit i společnost Profinit.

57. Jak předseda Úřadu uvedl, ze závěrečné zprávy však plyne, že účelem strategie (jedná se o projekt „Informační a komunikační strategie na období 2016-2020“, který byl zpracovaný týmem nezávislých odborníků – pozn. Úřadu) a na ní navazující závěrečné zprávy bylo zjistit, jak nejlépe naplnit potřeby obviněného a definovat parametry budoucí veřejné zakázky, a že autoři strategie v závěrečné zprávě nedoporučili obviněnému konkrétního dodavatele, a už vůbec neposuzovali řešení nabídnuté vybraným dodavatelem z hlediska splnění podmínek použití JŘBU. Podle předsedy Úřadu tak lze říci, že se obviněný při definování svých potřeb a jejich řešení rozhodl využít postupu, který je blízký předběžným tržním konzultacím ve smyslu § 33 zákona.

58. Dále předseda Úřadu uvedl, že obviněný odůvodnil použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona tak, že veřejnou zakázku je z technických důvodů schopen splnit pouze vybraný dodavatel. Z článků 5 a 7 závěrečné zprávy, ale i vyjádření obviněného ze dne 27. 11. 2017, dle předsedy Úřadu vyplývá, že vybraný dodavatel v návaznosti na požadavky uvedené v rámci průzkumu trhu nabídl *hotové řešení*, které dodává pod obchodním názvem ARMS (dále jen „systém ARMS“), a že právě tento systém byl autory strategie v rámci jejího

zpracování srovnán s řešeními ostatních oslovených dodavatelů. Z toho lze dle předsedy Úřadu dovodit, že schopnost splnit veřejnou zakázku pouze vybraným dodavatelem spočívala dle obviněného v tom, že pouze systém ARMS jako hotové řešení splňoval všechny požadavky definované v technických podmínkách veřejné zakázky.

59. Dle předsedy Úřadu se tedy Úřad měl v první řadě zabývat předmětem veřejné zakázky. Předseda Úřadu dále uvedl, že v této souvislosti bylo na obviněném, aby identifikoval konkrétní technické požadavky, které byl dle jeho názoru schopen splnit pouze vybraný dodavatel, resp. jím dodávaný systém ARMS, a prokázal, že tyto konkrétní technické parametry nebyl v době zahájení JŘBU schopen kromě vybraného dodavatele splnit žádný jiný dodavatel působící na trhu Evropské unie např. proto, že systém ARMS, resp. jeho části, jsou unikátní a chráněné patentem. Z hlediska posouzení postupu obviněného v JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona bylo dle předsedy Úřadu podstatné identifikování a odborné posouzení technických parametrů systému ARMS nabídnutého vybraným dodavatelem. Ve vztahu k těmto unikátním požadavkům měl obviněný dle předsedy Úřadu odůvodnit jejich potřebu, aby bylo postaveno najisto, že nebyla porušena první podmínka uvedená v § 63 odst. 4 zákona, tedy že nešlo využít jiného postupu, resp. že nešlo o kritérium záměrně stanovené ve prospěch vybraného dodavatele. Pokud obviněný prokáže jedinečnost systému ARMS, musí být dle předsedy Úřadu následně doloženo, že jediným dodavatelem tohoto systému byl opravdu pouze vybraný dodavatel, jak uvedl obviněný ve vyjádření ze dne 27. 11. 2017. K prokazování oprávněnosti použití JŘBU ze strany obviněného předseda Úřadu podotkl, že příslušné důkazy musí být z doby, kdy obviněný zvažoval zadání veřejné zakázky v JŘBU. V té době totiž volil druh zadávacího řízení a již v té době měl mít postaveno najisto, že postupuje v souladu se zákonem.

60. Podle předsedy Úřadu Úřad rovněž pochybil tím, že odůvodnění napadeného rozhodnutí založil především na tom, že kromě vybraného dodavatele mohla veřejnou zakázku splnit i společnost Profinit, aniž by měl pro tento závěr dostatek podkladů. K tomu předseda Úřadu dále uvedl, že vzhledem k tomu, že se Úřad nezabýval předmětem veřejné zakázky a nezjistil konkrétní technické důvody, pro které mohl dle obviněného splnit veřejnou zakázku pouze vybraný dodavatel prostřednictvím systému ARMS, neměl informace pro to, aby mohl dojít k závěru, že veřejnou zakázku mohla splnit i společnost Profinit.

61. Předseda Úřadu tak shrnul, že Úřad pochybil tím, že jako stěžejní poklad pro odůvodnění napadeného rozhodnutí použil závěrečnou zprávu, která nebyla zpracována za účelem prokázání podmínek použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, místo toho, aby se zabýval předmětem veřejné zakázky a ve vztahu k němu konkrétními technickými důvody, resp. unikátními požadavky, pro něž dle obviněného mohl splnit veřejnou zakázku v rámci Evropské unie pouze vybraný dodavatel prostřednictvím systému ARMS, a jejich odůvodněním ze strany obviněného, které musí být podloženo odbornými podklady zpracovanými před zahájením JŘBU na veřejnou zakázku. Úřad rovněž dle předsedy Úřadu pochybil tím, že došel k závěru, že veřejná zakázka mohla být splněna společností Profinit, aniž by znal technické důvody (unikátní parametry), pro něž dle názoru obviněného mohla být veřejná zakázka splněna pouze vybraným dodavatelem, resp. aniž by měl pro takové posouzení dostatečné podklady.

62. Dále předseda Úřadu uvedl, že ačkoli zrušil napadené rozhodnutí z výše uvedených důvodů, považoval za důležité vyjádřit se k dalším stěžejním otázkám napadeného rozhodnutí.

63. Z napadeného rozhodnutí a správního spisu dle předsedy Úřadu vyplývá, že zpracovatel strategie provedl průzkum trhu, na jehož základě oslovil osm dodavatelů. Jeden z oslovených dodavatelů zpracovateli strategie sdělil, že žádný produkt z jeho nabídky není pro předmět plnění vhodný, zbylých sedm mu zaslalo požadované materiály. Dále předseda Úřadu uvedl, že zpracovatel strategie s těmito sedmi dodavateli jednal, otestoval jejich produkty a na základě následné analýzy jejich řešení dospěl k závěru, že jediným možným dodavatelem v České republice, jakož i na území Evropské unie, schopným plnit veřejnou zakázku, je vybraný dodavatel.

64. K předmětnému průzkumu trhu předseda Úřadu dále uvedl, že pokud by i v rámci nového projednání věci byla prokazována oprávněnost použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona srovnáním řešení vybraného dodavatele, resp. systému ARMS s řešeními zbylých šesti dodavatelů, bude třeba dle předsedy Úřadu odpovědět na otázku, jakým způsobem byl proveden průzkum trhu, na jehož základě bylo osm dodavatelů osloveno. Zjištění, jakým způsobem byl proveden průzkum trhu, v jehož rámci bylo vybráno osm oslovených dodavatelů, je dle předsedy Úřadu důležité z hlediska posouzení toho, zda lze na základě takto provedeného průzkumu trhu dojít k závěru, že kromě osmi oslovených dodavatelů neexistoval na trhu Evropské unie žádný další dodavatel způsobilý splnit veřejnou zakázku. Pouze v takovém případě by bylo dle předsedy Úřadu možné uvažovat o srovnání parametrů systému ARMS s řešeními zbylých šesti dodavatelů. K tomu předseda Úřadu dodal, že v této souvislosti by bylo rovněž důležité posoudit, zda zadávací podmínky odpovídají požadavkům, které obdrželi dodavatelé v rámci průzkumu trhu.

65. Závěrem předseda Úřadu uvedl, že Úřad v rámci nového projednání věci doplní zjištění skutkového stavu obstaráním důkazních prostředků a provedením důkazů v souladu s druhostupňovým rozhodnutím. Úřad se má také plně vypořádat s veškerými námitkami obviněného uvedenými v rozkladu, včetně námitek k výroku II. napadeného rozhodnutí.

V. NOVÉ PROJEDNÁNÍ VĚCI PŘED SPRÁVNÍM ORGÁNEM PRVNÍHO STUPNĚ

66. Úřad přípisem č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-22408/2018/511/ŠNo ze dne 1. 8. 2018 obviněnému oznámil, že ve správním řízení vedeném Úřadem ve věci možného spáchání přestupku obviněným pod sp. zn. S0024/2018/VZ, se pokračuje.

67. Usnesením č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-22409/2018/511/ŠNo ze dne 1. 8. 2018 Úřad obviněnému stanovil lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které mohl vyjádřit v řízení své stanovisko.

68. Dne 8. 8. 2018 Úřad obdržel vyjádření obviněného z téhož dne.

Vyjádření obviněného ze dne 8. 8. 2018

69. Obviněný v prvé řadě odkázal na všechna svá předchozí vyjádření poskytnutá v průběhu předmětného správního řízení.

70. K bodu 55. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí obviněný uvedl, že ačkoliv článek 7 závěrečné zprávy hovoří o tom, že zůstává ponecháno na rozhodnutí obviněného, jestli zvolí homogenní řešení, spočívající v tom, že řešení všech úloh dodá jediný dodavatel, je třeba brát ohled i na doporučení obsažené v dodatku č. 1 závěrečné zprávy uvedeného na str. 13, aby všechny tři požadované úlohy byly dodány jediným uchazečem, který bude schopen zajistit plnou kompatibilitu. Obviněný se dle svého vyjádření řídil tímto expertním

stanoviskem a dále také „Expertním hodnocením Žádosti o grant reg. Č. NF-CZ10-PDP-2-007-01-2016 zpracovaného společností eForum spol. s.r.o. dne 6. září 2016“ (dále jen „expertní hodnocení“). Expertní hodnocení obviněný učinil přílohou svého vyjádření ze dne 8. 8. 2018. Podle obviněného z expertního hodnocení vyplývá, že z hlediska integrace je bezpochyby jednodušší homogenní řešení, a to i s ohledem na naléhavost potřeby spolehlivého fungování celého řešení dané specifickým charakterem činnosti obviněného, s ohledem na potřebu řešení většiny oblastí interně nebo interně s pomocí externí služby a s ohledem na vyhnutí se budoucím problémům a zvýšeným nákladům spojeným se správou a rozvojem informačního systému obviněného.

71. K bodu 58. a 66. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí obviněný uvedl, že z analýzy matice parametrů potenciálních řešení v tabulce č. 11 závěrečné zprávy je zřejmé, že splnění požadavků tam obsažených, tedy plnění úloh U1, U2 a U3, je schopné z řešení nabídnutých subjekty zkoumanými v rámci průzkumu trhu poskytnout pouze řešení ARMS. Dále obviněný odkazuje na str. 7 expertního hodnocení, kde je dle obviněného uvedeno, že *„Závěrečná zpráva realizace projektu „Informační a komunikační strategie na období 2016-2020“ vypracovaná společností Tribase Networks, s.r.o. provádí správným způsobem analýzu informačních potřeb FAÚ MF ČR. Zpráva je, dle mého názoru, srozumitelná, profesionálně zpracovaná, logicky postavená a přesná.“* Tím obviněný dle svého vyjádření vyvrací také podezření, že podmínky byly stanoveny účelově s cílem zvýhodnit vybraného dodavatele.

72. K reprezentativnosti průzkumu provedeného v rámci závěrečné zprávy obviněný uvedl, že při hodnocení vycházel mimo jiné z erudovanosti jejího zpracovatele, přičemž se domníval, že není nezbytné pořizovat znalecký posudek, ale že postačí tato expertíza, která metodiku výběru popisuje na str. 35 v bodě 5.1. „Zadání a postup“. Dle obviněného byla dostatečnost expertízy potvrzena Úřadem v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S132/2014/VZ-7410/2014/522/PLy ze dne 23. 4. 2014. Reprezentativnost průzkumu dle obviněného potvrdilo i expertní hodnocení, kde je na str. 10 dle obviněného uvedeno: *„Podle mého názoru byl tímto způsobem efektivně proveden průzkum trhu a přímým kontaktem s potencionálními dodavateli, se pak bylo možné zaměřit na klíčové požadované vlastnosti vzešlé z předchozí analýzy.“*

73. Dle obviněného tomu, že dodávané řešení bude schopen nabídnout jen jeden dodavatel, napovídá i skutečnost, že s ohledem na účel využití produktu je značně omezen okruh potenciálních zákazníků, a v důsledku takto omezené poptávky je dle obviněného i počet dodavatelů omezený.

74. K bodu 59. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí obviněný uvedl, že pojem „technický důvod“ je třeba vykládat komplexně a s přihlédnutím ke všem souvislostem, přičemž je pro něj podstatná i skutečnost, jestli je pro potřeby zadavatele zásadní spolehlivost a rychlost dodání, zejména v případě specifické oblasti využití, jakou je problematika opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu.

75. Obviněný dále uvedl, že *„nabízené řešení ARMS umožňovalo jeho okamžité nasazení v analytické činnosti Finančního analytického úřadu, jež bylo nutné v souvislosti s neustálým nárůstem počtu a složitosti oznámení o podezřelých obchodech, jejich následné analýze a výstupů v podobě trestních oznámení. Stále více užívané sofistikované praktiky na poli legalizace výnosů z trestné činnosti vyžadují implementaci informačních systémů, jež*

bezodkladně a pouze s minimální časovou náročností zaručí rychlou a správnou analýzu podezřelých obchodů“. Dle svého vyjádření obviněný z tohoto důvodu požadoval dodání a implementaci systému „s customizací“, jenž umožní pokročilou analýzu dat, vytěžování informací a jejich vizualizaci. Dále obviněný uvedl, že závěrečná zpráva nebyla zaměřena na průzkum trhu v oblasti vývoje SW, ale na již hotová řešení.

76. Dále obviněný uvedl, že nemohl spoléhat na hypotetickou možnost vyvinutí obdobného produktu v budoucnosti. Dle obviněného byl tento postup aprobován Úřadem v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S132/2014/VZ-7410/2014/522/PLy ze dne 23. 4. 2014, kdy Úřad dle obviněného v případě dodání specifických vědeckých přístrojů také netrval na tom, aby zadavatel čekal na vyvinutí vyhovujícího přístroje v budoucnosti, ačkoliv společnost, která napadla předmětné JŘBU, tuto alternativu signalizovala. Nadto obviněný uvedl, že velká časová prodleva a nejistý výsledek by mohl mít dopad i do zajištění financování. Podle obviněného by velká časová prodleva a nejistý výsledek mohly způsobit ekonomické problémy, a to jak na straně obviněného při budoucí správě a rozvoji jeho informačního systému, mimo jiné i jeho napojováním na jiné informační systémy třetích stran v budoucnosti, tak i zprostředkovaně celé společnosti v podobě zvýšených nákladů způsobených nižší mírou zajištění výnosů z trestné činnosti, což je dle obviněného třeba zohlednit i podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-64 ze dne 11. 1. 2013. Obviněný tak dle svého vyjádření musel ze všech výše uvedených důvodů trvat na výběru takového řešení, které by tyto nedostatky odstranilo, tj. dodání hotového produktu.

77. K bodu 60. odůvodnění druhostupňového rozhodnutí obviněný uvedl, že závěrečná zpráva sice nebyla zpracována za účelem posouzení podmínek použití JŘBU, ale závěry z ní plynoucí, potvrzené expertním hodnocením, mohly dle obviněného dobře sloužit jako podklad pro posouzení podmínek JŘBU.

Další průběh správního řízení

78. Usnesením č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-23679/2018/511/ŠNo ze dne 15. 8. 2018 Úřad obviněnému stanovil lhůtu k identifikaci konkrétních technických požadavků uvedených v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, které byl schopen splnit pouze vybraný dodavatel, a k prokázání, že tyto konkrétní technické požadavky nebyl v době zahájení zadávacího řízení schopen kromě vybraného dodavatele splnit žádný jiný dodavatel působící na trhu Evropské unie, a lhůtu k označení konkrétního ustanovení konkrétního právního předpisu, na základě něhož obviněný označuje určité údaje obsažené v dokumentaci o zadávacím řízení za „velmi citlivé a strategické informace“, které je dle vyjádření obviněného ze dne 16. 11. 2017 povinen chránit.

79. Dne 20. 8. 2018 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne.

Vyjádření obviněného ze dne 20. 8. 2018

80. K požadavku Úřadu, aby obviněný identifikoval konkrétní technické požadavky, které uvedl v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, které byl schopen splnit pouze vybraný dodavatel, a aby prokázal, že tyto konkrétní technické požadavky nebyl v době zahájení zadávacího řízení schopen kromě vybraného dodavatele splnit žádný jiný dodavatel působící na trhu Evropské unie, obviněný uvedl následující.

81. Podle obviněného preambule přílohy č. 4 výzvy k jednání uvádí, že obviněný požaduje dodání jednotného, interně kompatibilního a komplexního celkového řešení, přičemž obviněný z preambule cituje: *„Zadavatel nepřipouští možnost dodání počítačových programů, které budou splňovat jednotlivé úlohy zvlášť, bez dodavatelem garantované vzájemné kompatibility a komplexnosti celkového řešení. Je tedy požadováno dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti z rozsahu všech tří popsaných úloh“*. Podle obviněného je tento požadavek podložen závěrečnou zprávou, dodatkem závěrečné zprávy a potvrzen expertním hodnocením.

82. Z výše uvedeného dle obviněného vyplývá i požadavek, že řešení nebude pouze v hypotetické rovině, tj. nepůjde o vývoj aplikace na míru, avšak půjde o řešení reálné, jehož dodávka bude spolehlivá. Obviněný k tomu uvedl, že požadavkem je tedy řešení existující, které bude podle požadavků zadavatele přímo integrovatelné – customizovatelné. Jeho vývoj tedy dle obviněného nebude jeho charakteristickým znakem.

83. Obviněný k tomu dále uvedl, že technické požadavky a jejich specifikace popsané v zadávací dokumentaci vycházely z matice parametrů a plně korespondovaly s jejími závěry a doporučeními. Vyhodnocením jednotlivých posuzovaných parametrů v této matici bylo podle obviněného možné uvažovat jakožto o potenciálně možných dodavatelích pouze o vybraném dodavateli a společnosti Profinit. Podle obviněného však Profinit není schopna zvládnout jednu z úloh ve vymezeném časovém rámci, a to úlohu U1 „Vyhledávání v interních datových zdrojích“ ve smyslu závěrečné zprávy.

84. Jak obviněný dále uvedl, ačkoliv při tvorbě zadávací dokumentace došlo ke změně vnitřního členění úloh, byla v jednotném komplexu těchto úloh zachována alespoň část úlohy U1 ve smyslu závěrečné zprávy, kterou Profinit nebyla schopna dodat, a v konečném důsledku ji tedy dle obviněného nebyl schopen dodat nikdo jiný než vybraný dodavatel. K vysvětlení tohoto tvrzení obviněný uvádí, že úloha U1 ve smyslu závěrečné zprávy v sobě zahrnovala vyhledávání v interních datových zdrojích, přičemž se jednalo jak o strukturovaná, tak i nestrukturovaná data. Profinit dle obviněného nedokázala naplnit alespoň jeden z následujících prvků: prvek vyhledávání v interních datech nebo prvek vyhledávání v strukturovaných datech nebo prvek vyhledávání v nestrukturovaných datech. Tyto prvky jsou dle obviněného obsaženy v komplexu prvků vymezených v dodatku závěrečné zprávy a následně odražených v zadávací dokumentaci.

85. Z výše uvedeného dle obviněného vyplývá, že Profinit nebyla schopna splnit alespoň část jedné z úloh U1 nebo U2 ve smyslu zadávací dokumentace a že vzhledem k požadavku homogenního řešení nebyla schopna splnit podmínky stanovené v zadávací dokumentaci.

86. K požadavku Úřadu, aby obviněný označil konkrétní ustanovení konkrétního právního předpisu, na základě něhož označuje určité údaje obsažené v dokumentaci o zadávacím řízení za „velmi citlivé a strategické informace“, které je povinen chránit, obviněný uvedl, že skutečnost, že se jedná o velmi citlivé a strategické informace, dovozuje z toho, že jsou pokryty povinností mlčenlivosti podle § 38 odst. 1 zákona č. 253/2008 Sb., o některých opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon proti legalizaci výnosů z trestné činnosti“).

Další průběh správního řízení

87. Usnesením č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-24811/2018/511/ŠNo ze dne 24. 8. 2018 Úřad obviněnému stanovil lhůtu, ve které měl obviněný ve vztahu ke každému z údajů, které znečitelnil v příloze č. 4 výzvy k jednání, uvést konkrétní ustanovení zákona proti legalizaci výnosů z trestné činnosti, podle něhož se na daný údaj dle obviněného vztahuje povinnost mlčenlivosti dle § 38 tohoto zákona.

88. Dne 29. 8. 2018 Úřad obdržel vyjádření obviněného z téhož dne, ve kterém obviněný uvedl, že na všechny dotčené znečitelněné údaje se vztahuje povinnost mlčenlivosti na základě § 38 odst. 1 zákona proti legalizaci výnosů z trestné činnosti, neboť se jedná o skutečnosti týkající se šetření podezřelého obchodu.

89. Dne 3. 9. 2018 Úřad vyzval Profinit ke sdělení, zda by v případě, že by jí byla ke dni 2. 3. 2017 doručena výzva k jednání, kterou obviněný vyzval vybraného dodavatele k jednání v JŘBU, byla schopná splnit zadávací podmínky veřejné zakázky a do předmětného zadávacího řízení podat ve lhůtě stanovené obviněným nabídku. Pokud ano, měla Profinit Úřadu sdělit, jakým způsobem by zajistila splnění požadavku obviněného na dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti v rozsahu všech popsaných úloh (tj. úloh U1, U2 i U3), který je uveden v preambuli přílohy č. 4 výzvy k jednání. Pokud by Profinit ve lhůtě stanovené obviněným nabídku schopna podat nebyla, měla Profinit Úřadu sdělit, který konkrétní požadavek či podmínku uvedenou ve výzvě k jednání by nemohla splnit a proč. Za účelem sdělení požadovaných informací Úřad Profinit zaslal jako přílohu předmětné výzvy výzvu k jednání včetně všech jejích příloh, a to v podobě, v níž jsou údaje, které obviněný označil za „velmi citlivé a strategické informace“, na které se vztahuje povinnost mlčenlivosti na základě § 38 odst. 1 zákona proti legalizaci výnosů z trestné činnosti, znečitelněny.

90. Dne 19. 9. 2018 Úřad obdržel vyjádření Profinit na výzvu Úřadu.

Vyjádření Profinit, které Úřad obdržel dne 19. 9. 2018

91. Na dotaz Úřadu, zda by Profinit byla schopná v případě, že by ji byla ke dni 2. 3. 2017 doručena výzva k jednání, splnit zadávací podmínky veřejné zakázky a do zadávacího řízení podat ve lhůtě stanovené obviněným nabídku, Profinit uvedla, že ano, i když podle Profinit je zadání specifikováno velice neurčitě a dává velký prostor ke sporům při realizaci. Podle Profinit je zadání veřejné zakázky nedostatečné, a proto by se v případě standardního zadávacího řízení obviněného ptali na velké množství doplňujících otázek, při kterých by se zadání více zpřesnilo.

92. Na dotaz Úřadu, jakým způsobem by Profinit zajistila splnění požadavku obviněného na dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti v rozsahu všech popsaných úloh (tj. úloh U1, U2 i U3), Profinit uvedla následující. V příloze svého vyjádření Profinit přiložila 3 dokumenty. Prvním dokumentem je vyplněná příloha č. 5 výzvy k jednání s respektováním požadavku na stav k březnu 2017. Druhým dokumentem je nabídka, kterou Profinit připravila v polovině roku 2016 na základě výzvy společnosti, která pro obviněného zpracovávala průzkum trhu. V této nabídce Profinit dle svého vyjádření odpovídá na požadavek čtyř úloh, přičemž následné zadávací řízení dle Profinit obsahuje jejich podmnožinu. Dále Profinit uvedla, že v roce 2015 – 2016 realizovala „projekt TAČR Komplexní řešení bezpečnosti zaměřené na odhalování a prevenci hrozeb kybernetické

kriminality ve finančním sektoru“, kde se jedna z částí věnovala tvorbě software na vyhledávání ve strukturovaných a nestrukturovaných datech, přičemž využíván byl indexační nástroj Solr. Implementaci tohoto projektu Profinit dle svého vyjádření v průběhu roku 2016 přizpůsobila znalostem získaným z průzkumu trhu, jelikož dle svého vyjádření očekávala vypsání veřejné zakázky v otevřeném řízení. Podobu naimplementovaného výsledku Profinit dokládá ve třech dokumentech, které tvoří přílohu jejího vyjádření.

93. Na základě výše uvedeného se tedy Profinit domnívá, že by byla schopna v případě, že by byla obviněným oslovena, splnit kritéria a mohla se účastnit otevřeného zadávacího řízení spolu s dalšími firmami na trhu.

94. Závěrem Profinit poukazuje na dle jejího názoru nesprávný argument obviněného o časové náročnosti dodání požadovaného SW formou vývoje. Podle Profinit průzkum trhu proběhnul v polovině roku 2016 a šetřené zadávací řízení v březnu 2017. Pokud by na straně obviněného byla vůle vypsat zakázku např. v září či v říjnu 2016, pak by dle Profinit již v březnu 2017 měl obviněný funkčně naimplementovaný SW produkt podle původních odhadů Profinit (cca 450 MD). Profinit by tak dle svého vyjádření plně splnila požadavky na dodání řešení v požadované kvalitě i časovém rozmezí.

Další průběh správního řízení

95. Usnesením č. j. ÚOHS-S0024/2018/VZ-27938/2018/511/ŠNo ze dne 25. 9. 2018 Úřad obviněnému stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě ani později se obviněný k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

VI. ZÁVĚRY ÚŘADU

96. Úřad, vázán právním názorem předsedy Úřadu vysloveným v rozhodnutí č. j. R0071/2018/VZ-21260/2018/323/PBl ze dne 19. 7. 2018, přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po novém zhodnocení všech podkladů, zejména na základě vlastních zjištění nově učiněných v souladu s rozhodnutím předsedy Úřadu, dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel pravidlo stanovené v § 55 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) zákona, aniž by k tomu byly splněny zde stanovené podmínky, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný uzavřel dne 3. 4. 2017 s vybraným dodavatelem kupní smlouvu.

97. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

98. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

99. Podle § 55 zákona pro zadání veřejné zakázky v nadlimitním režimu může zadavatel použít otevřené řízení nebo užší řízení a za splnění dále uvedených podmínek také jednací řízení

s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, řízení se soutěžním dialogem nebo řízení o inovačním partnerství.

100. Podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona může zadavatel také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž.

101. Podle § 63 odst. 4 zákona podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

102. Podle § 67 odst. 1 zákona zadavatel zahajuje jednací řízení bez uveřejnění odesláním výzvy k jednání, výzvy k podání nabídek nebo zahájením jednání s dodavatelem.

103. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.

104. Současně s účinností zákona o přestupcích (od 1. 7. 2017) nabyl účinnosti zákon č. 183/2017 Sb., změny zákonů v souvislosti s přijetím zákona o přestupcích (dále jen „doprovodný změnový zákon“), kterým bylo v zákoně nahrazeno označení „správní delikty“ slovem „přestupky“ a bylo nahrazeno dosavadní znění § 270 zákona zněním novým.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení a dalších dokumentů

105. Výzvou k jednání ze dne 2. 3. 2017 vyzval obviněný vybraného dodavatele k jednání za účelem zadání šetřené veřejné zakázky v JŘBU. V nadpisu výzvy je uvedeno, že se jedná o výzvu k jednání *„v jednacím řízení bez uveřejnění o veřejnou zakázku v souladu s ustanovením § 63 odst. 3) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek“*.

106. V části „Předmět veřejné zakázky“ výzvy k jednání je uvedeno: *„Předmětem výzvy je nadlimitní veřejný zakázka na dodávky na akci s názvem: „DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU“ Jedná se o dodávku a implementaci SW včetně jeho customizace, s příslušnými licencemi jakožto logická část, navazující na předchozí VZ (dodávka HW). Poptávaný SW bude programovým vybavením pro technologickou základnu, stavebním kamenem je HW (viz VZ „Dodávka HW pro technologickou základnu“). Tento celek umožní navýšení výpočetního výkonu a kapacity datových uložišť stávajícího technického vybavení a spolu s implementovaným customizovaným SW budou tvořit technologickou základnu pro podporu činnosti Finančního analytického úřadu a jeho partnerů z řad orgánů činných v TŘ. Cílem je implementace inovačních technologií, jež umožní detailní a pokročilou analýzu dat, vytěžovaných informací a jejich vizualizaci. Přesná technická specifikace s uvedením veškerých funkčních vlastností a požadavků je v příloze č. 4 a 5“*.

107. V příloze č. 4 „Technická specifikace – požadavky zadavatele“ výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017 obviněný rozdělil předmět veřejné zakázky do tří *„tematických celků“* (úloh U1, U2 a U3) a uvedl, že požaduje dodání jednoho společného řešení, které splní *„funkční vlastnosti z rozsahu všech tří popsaných úloh“*, přičemž úloha U1 měla spočívat ve *„vyhledávání a vytěžování – strukturované datové zdroje“*, úloha U2 měla spočívat ve *„vyhledávání*

a vytěžování – nestrukturované datové zdroje“ a úloha U3 měla spočívat ve „*vizualizaci a analýze vztahů a výsledků hledání*“.

108. V části 1. „PREAMBULE“ přílohy č. 4 „Technická specifikace – požadavky zadavatele“ výzvy k jednání ze dne 2. 3. 2017 je uvedeno: *„Předmět této VZ zadavatel popsal do tří tematických celků. Tyto jednotlivé úlohy řeší konkrétní procesy. Zadavatel nepřipouští možnost dodání počítačových programů, které budou splňovat jednotlivé úlohy zvlášť, bez dodavatelem garantované vzájemné kompatibility a komplexnosti celkového řešení. Je tedy požadováno dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti z rozsahu všech tří popsaných úloh“*.

109. V „Odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění v zadávacím řízení veřejné zakázky ‘DODÁVKA SW PRO TECHNOLOGICKOU ZÁKLADNU‘“ ze dne 1. 3. 2017 obviněný uvedl následující:

„V průběhu měsíce února 2017 byla dokončena zadavatelem ve spolupráci expertním týmem technická specifikace pro zadání veřejné zakázky, ze které vyplývá, že požadované technické řešení je možné plnit jediných dodavatelem v České republice, jakož i na území EU, při současném požadavku na sjednocení plnění úloh 1, 2 a 3 a následném předávání výsledků činnosti orgánům spolupracujícím na odhalování legalizace výnosů z trestné činnosti a financování terorismu (unifikace a typizace formátů analytických závěrů a jejich následná vizualizace, včetně potřeby v daných závěrech pokračovat u příslušných orgánů státu).

(…) Na základě informací, které zadavatel obdržel v Závěrečné zprávě k „Informační a komunikační strategii na období 2016-2020“ existuje na trhu pouze jediný účastník schopný plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu, a to s ohledem na SW, časovou dotaci pro realizaci akce a na potřeby customizace SW, tak jak je vyžadován. Navíc musí být pořizovaný SW plně kompatibilní s o ohledem na již existující softwarová řešení partnerů z řad orgánů činných v trestním řízení. Customizace musí akceptovat nejen strukturu datových přenosů, ale i obsahovou stránku přenášených dat.

(…) Z výše uvedených důvodů postupuje zadavatel formou jednacího řízení bez uveřejnění, a to v souladu s ustanovením § 63 odst. 3 písm. b) Zákona“.

110. Dne 3. 4. 2017 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem kupní smlouvu.

111. V bodu 2.2 článku 2. „MÍSTO A DOBA PLNĚNÍ“ kupní smlouvy je uvedeno, že *„Prodávající se zavazuje odevzdat Kupujícímu Předmět plnění nejpozději do konce dubna 2017 dnů ode dne účinnosti Smlouvy, není-li dále stanoveno jinak“* (jde o přesnou citaci – pozn. Úřadu).

112. Podle bodu 4.1 článku 4 „CENA A PLATEBNÍ PODMÍNKY“ kupní smlouvy činila cena za předmět plnění podle této smlouvy celkem 10 499 970,- Kč bez DPH.

113. Podle přílohy D1 oznámení o výsledku zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 4. 2017 byla důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění neexistence hospodářské soutěže z technických důvodů.

114. V části 2. „Manažerské shrnutí“ dokumentu „PROFINIT Odpověď na poptávku: Rozšíření stávajícího řešení a doplnění orgán centrální státní správy Pro zákazníka: TRIBASE Networks, s.r.o.“, datum platnosti 25. 8. 2016 (dále jen „odpověď Profinit na poptávku“), je uvedeno:

„Nabídku jsme sestavili tak, abychom v maximálně možné míře uspokojili otázky obsažené jak ve formální písemné výzvě, tak i vyřčené v rámci osobního jednání. Jsme si plně vědomi, že jsme pravděpodobně nepokryli všechny možné aspekty a detaily nabízených řešení, a to i vzhledem ke krátkému času pro zpracování našeho návrhu (…).

Poptávka obsahovala 4 body, ze kterých ne všechny je schopen Profinit nabídnout formou hotového řešení, a toto i otevřeně uvádíme v naší odpovědi. Přestože věříme, že bychom byli schopni je pokrýt všechny, šli bychom u některých z jít cestou vývoje řešení na míru pro zákazníka, a chápeme, že vzhledem k disponibilnímu času tato varianta není preferována.

(…)

Poslední oblast „Zpracování a převod nestrukturovaných dokumentů do částečně strukturované podoby“ jsme se rozhodli touto nabídkou detailně nepokrývat. Nedisponujeme v této oblasti hotovým produktem a chápeme, že cesta čistého zákaznického vývoje v tomto bodě není ideální.“

115. V části 5.3 „Zpracování a převod nestrukturovaných dokumentů do částečně strukturované podoby“ odpovědi Profinit na poptávku je uvedeno, že *„Firma Profinit nedisponuje žádným hotovým řešením, které by pokrývalo tuto problematiku out of box, ale v případě zájmu o placený vývoj na zakázku jsme schopni nacenit a odhadnout tvorbu popsaného softwaru. Případně máme zkušenosti také s přebíráním softwareu třetích stran a zajištění jejich dalšího rozvoje“*.

116. V závěrečné zprávě, která byla zpracována pro Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha, odbor 24 – Finančně analytický (dále jen „Ministerstvo financí“), jakožto právního předchůdce obviněného, společností Tribase Networks, s.r.o., IČO 49613774, se sídlem Slunečná 1162, 383 01 Prachatice (dále jen „Tribase Networks“) je uvedena tabulka č. 11 „Vlastnosti hodnocených produktů“, kde je kromě jiného u Profinit a vybraného dodavatele uvedeno následující:

		Profinit, s.r.o.				**TOVEK, spol. s r.o.**		
	Produkt (obchodní název)	**Apache Solr**	**SVAT Server**	**Webmonitor**	**SVAT Desktop**	**ARMS (Tovek Server, Tovek Tool Analyst pack, Tovek Web Client)**		
	Řešení specifikovaných potřeb (úloha 1-4 dle kap. 1)	**U1**	**U2**	**U2**	**U4**	**U1**	**U2**	**U4**
č.	**Popis posuzovaného parametru**							
	obecné:							
1	Jedná se o vlastní produkt nebo je řešení založeno na jádře jiného produktu/ů	open source produkty: Apache Solr, Banana, Mongo DB, vlastní rozhraní	vlastní produkt	vlastní produkt	vlastní produkt	vlastní produkt	vlastní produkt	vlastní produkt
2	splnění požadovaných	částečně	částečně	částečně	ano	ano	ano	ano

	parametrů úlohy dle definovaných stadardů provozního prostředí	popis v kap. 5.2.4 hodnocení v kap. 5.3.6	popis v kap. 5.2.4 hodnocení v kap. 5.3.7	popis v kap. 5.2.4 hodnocení v kap. 5.3.8	popis v kap. 5.2.4 hodnocení v kap. 5.3.9	popis v kap. 5.2.8 hodnocení v kap. 5.3.14	popis v kap. 5.2.8 hodnocení v kap. 5.3.14	popis v kap. 5.2.8 hodnocení v kap. 5.3.14
3	po realizaci přechází vlastnictví řešení na uživatele	ne, roční subscripce	ne, roční subscripce	ne, roční subscripce	ne, roční subscripce	ano	ano	ano
	ovládání a rozhraní:							
4	lokalizované GUI pro administrátory/uživatele	ano/ano	ano/ano	ano/ano	ano/ano	ano/ano	ano/ano	ano/ano
5	míra možnosti správy řešení administrátorem	2	2	3	2	2	2	1
6	míra obtížnosti uživatelského ovládání	1	3	3	1	1	1	1
7	přehlednost GUI	1	2	3	2	1	1	1
	práce s textem a dokumenty							
8	podpora gramatiky, slovníky a thesaurus	multiling CZ, EN, DE, RU, a další	multiling CZ, EN, DE, RU, a další	multiling CZ, EN, DE, RU, a další	---	multiling CZ, EN, DE, RU, a další	multiling CZ, EN, DE, RU, a další	---
9	podpora lemmatizace/stemming (základní tvar/kořen slova)	ano/ano	ano/ano	ano/ano	---	ano/ano	ano/ano	---
10	podpora transcripce cizích jmen	ne	ne	ne	---	ne	ne	---
11	podpora podobnosti slov (+váha)	ano	ano	ano	---	ano	ano	---
12	podpora hodnocení obsahu (topic)	ne	ne	ne	---	ano	ano	---
13	podpora extrakce definovaných entit (rč, ičo, účet, apod.)	ano, customizace	ano, customizace	ano, customizace	---	ano	ano	---
14	rozšířené podmínky dotazovaní	ano	ne	ne	---	ano	ano	---
15	možnost monitoringu změn ve zdroji	ne	ne	ano	---	ano	ano	---
16	zobrazení vyznačení hledané fráze v textovém náhledu vyhledání	ano, customizace	ne	ne	---	ano	ano	---
17	vlastní prohlížeč pro některé formáty	ne, nutnost nainstalované aplikace pro zobrazení	ne	ne	---	ne, nutnost nainstalované aplikace pro zobrazení	ne, nutnost nainstalované aplikace pro zobrazení	---

	Vizualizace							
18	dodávané sety databází zdarma/placené	---	---	---	ano/ne	---	---	ano/ano
19	možnost připojení vlastních DB uživatelsky/administrativně/dodávka	---	---	---	ano/ano/ano	---	---	ano/ano/ano
20	možnost napojení více zdrojů do jednoho výkresu	---	---	---	ano	---	---	ano
21	možnost vytváření vazeb dle obsahu zaindexovaných dokumentů	---	---	---	ne	---	---	ano
22	editovat atributy node/vazba	---	---	---	ano/ano	---	---	ano/ano
23	kreslit vlastní nody/vazby	---	---	---	ano/ano	---	---	ano/ano
24	export do souborových formátů	---	---	---	XLS, PNG, vlastní	---	---	PDF, XML, ANB, ANX, …
25	možnost tisku	---	---	---	ano	---	---	ano
	otevřenost a flexibilita:							
26	kompatibilita se stávajícím DMS ELO	ano, customizace	ne	ne	ne, pouze na úrovni db	ano, customizace	ano, customizace	ano, customizace
27	API rozhraní pro napojení dalších systémů	SOAP, JSON	REST	REST	ne	SOAP, REST	SOAP, REST	SOAP, REST
28	možnost uživatelských úprav vzhledu	ano	ne	ne	ne	pevný klient ne, webový klient ano	pevný klient ne, webový klient ano	ne
29	možnost vytváření šablon pro opakované/předdefinované činnosti	ano	ano	ano	ne, v plánu srpen 2016	ano	ano	ano
	technické požadavky:							
30	použitá/doporučená serverová platforma	MS Windows Server 2012R2	MS Windows Server 2012R2	MS Windows Server 2012R2	---	MS Windows Server 2012R2	MS Windows Server 2012R2	---
31	použitá/doporučená klientská platforma	web browser	web browser	---	MS Windows 8/10	pevný klient MS Windows 8/10, webový klient jen browser	pevný klient MS Windows 8/10, webový klient jen browser	MS Windows 8/10
32	požadován přístup k internetu	ne	ano	ano	ne	ne	ano, nebo offline přenosy projektů	ne
33	konfigurace HW serveru	běžný server	běžný server	běžný server	---	běžný server	běžný server	---

34	konfigurace HW stanic	běžná stanice	běžná stanice	běžná stanice	běžná stanice, větší monitor/více monitorů	běžná stanice	běžná stanice	běžná stanice, větší monitor/více monitorů
35	konfigurace HW úložiště	doporučeno provedení RAID 1 - Mirror pro DB, použití SSD disků	doporučeno provedení RAID 1 - Mirror pro DB, použití SSD disků	bez zvláštních požadavků	bez zvláštních požadavků	doporučeno provedení RAID 1 - Mirror pro DB, použití SSD disků	doporučeno provedení RAID 1 - Mirror pro DB, použití SSD disků	bez zvláštních požadavků
	náklady řešení:							
36	licenční politika	vlastní vývoj	konečná licence	konečná licence	licence za uživatele	konečná cena za řešení	konečná cena za řešení	součást U1
37	nutná placená servisní podpora	ne	ano. 20% z ceny licencí	součástí SVAT Server	ano, 20% z ceny licencí	ne, 20% z aktuální ceníkové ceny licencí	ne, 20% z aktuální ceníkové ceny licencí	součást U1
38	cena nabízeného řešení (bez implementace)	4.500.000Kč	550.000Kč	v ceně SVAT Server	110.000Kč / už.	4.605.000Kč	1.980.000Kč	---
39	čas potřebný pro analýzu/implementaci/testy (v měsících)	2/4/2	1/2/2	---	0/1/1	2/5/1	1/1/1	---
40	odhad neplacených/placených MD pro implementaci a úpravy	450/0	0/20	---	0/35	0/120	0/40	---
41	náklady na "člověkoden" (MD)	10.000Kč	10.000Kč	---	10.000Kč	15.000Kč	15.000Kč	---
42	Náklady na implementaci	0 Kč	200 000 Kč	---	350 000 Kč	1 080 000 Kč	360 000 Kč	součást U1
43	Celková pořizovací cena nabízeného řešení (50už.)	4 500 000 Kč	750 000 Kč	---	5 850 000 Kč	5 685 000 Kč	2 340 000 Kč	součást U1
	ostatní:							
42	reference ve státní správě ČR/mimo ČR	ne	ano/ano	ano/ano	ano/ano	ano/ano	ano/ano	ano/ano
	závěr:							
43	míra vhodnosti řešení	2	1	1	1	1	1	1

117. V bodě 7 „Varianty řešení“ závěrečné zprávy je uvedeno, že *„Pro potřeby naplnění definovaných Standardů provozního prostředí jsme se zabývali všemi výše uvedenými produkty a zvažovali jsme vhodnost jejich použití. Někteří dodavatelé nabízeli komplexní a homogenní řešení, jiní pouze určitou část (…) Proto jsme provedli základní rozdělení*

vhodných řešení na homogenní a složené. Pro obě kategorie máme definovány dvě řešení, která podle našeho názoru nejlépe splňují potřeby organizace“.

118. V bodě 7.1. „Homogenní řešení“ závěrečné zprávy je u bodu označeného 7.1.1. „Varianta 1 – ARMS (Tovek)“ uvedeno: *„Toto řešení v kombinaci použitých komponent dle našeho názoru nejlépe splňuje definici standardů provozního prostředí. Jedná se o řešení, které je již kompletně hotové a pro které nejsou potřeba žádné rozsáhlejší úpravy mimo rámec implementace. Nasazení v obou prostředích je možné ve velmi krátkém čase. Implementační procesy se budou týkat pouze správného nastavení databázových konektorů, napojení na příslušné zdroje, správné interpretace dat, automatizace některých vyhledávacích procesů, definice vybraných entit, apod. Z homogenních řešení byla tato varianta zvolena jako optimální“*.

119. V bodě 7.1. „Homogenní řešení“ závěrečné zprávy je u bodu označeného 7.1.2. „Varianta 2 – Apache, SVAT (Profinit)“ uvedeno: *„Toto řešení plně splňuje definici Standardů provozního prostředí. Řešení je složeno částečně open-source produktů, částečně z vlastního vyvinutého produktu. Všechny části jsou vzájemně integrovány. Je zde poměrně obsáhlá část, která bude muset být vyvinuta na míru. Dopad je zejména v oblasti úlohy U1 – Vyhledávání ve vnitřních zdrojích. Plánovaný časový fond na realizaci je deklarován jako 450 MD, což takto uvedeno značně přesahuje vyhrazený časový rámec pro realizaci. Nicméně dodavatel ujišťuje, že toto bude eliminovat dostatečným vývojovým teamem, aby se vše stihlo včas a celý projekt byl řádně dokončen. Řešení pro úlohy U2 – prohledávání vnějších zdrojů a U4 – vizualizace je již hotové a jejich nasazení by mělo být stejně bezproblémové jakou varianty č. 1.“*

120. V bodě 3.2 dodatku č. 1 závěrečné zprávy jsou uvedena kromě jiných následující doporučení:

- *„dodávku v rámci jediného výběrového řízení rozdělit na tři logické úlohy:*
    - *a. U1 tj. vyhledávání a vytěžování – strukturované datové zdroje,*
    - *b. U2 tj. vyhledávání a vytěžování – nestrukturované datové zdroje,*
    - *c. U3 tj. vizualizace a analýza vztahů a výsledků hledání,*
- *vzhledem k požadavku zadavatele na zajištění kompatibility jednotlivých úloh cílového řešení navrhujeme, aby všechny tři požadované úlohy byly dodány jediným uchazečem,*
- *(…)*
- *z provedené analýzy matice parametrů potencionálních řešení uvedených v závěrečné zprávě vyplývá, že při splnění výše uvedeného požadavku na sjednocení plnění úloh 1, 2 a 3 a následném předávání výsledků činnosti nejen orgánům spolupracujícím nejen na odhalování legalizace výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, existuje jediný možný dodavatel v České republice, jakož i na území EU, schopný plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu,*
- *(…)“*

121. V části 1. „Úvod“ expertního hodnocení je uvedeno: *„Expertní hodnocení (oponentura) se zabývá žádostí o grant projektu „Nákup technického vybavení za účelem zlepšení technické kapacity Finančního analytického útvaru Ministerstva financí ČR (dále jen FAÚ MF ČR) a odboru Informatiky, Národní centrályproti organizovanému zločinu, Policie ČR /dále jen OI*

NCOZ)". Část projektu FAÚ MF CŘ vychází ze závěrečné zprávy projektu „Informační a komunikační strategie na období 2016 – 2020" vypracované společností Tribase Networks, s.r.o., na jejímž základě je vlastní žádost o grant postavená.

(…)

Vzhledem k tomu, že žádost o grant se v mnoha bodech opírá o závěrečnou zprávu projektu „Informační a komunikační strategie na období 2016-2020", a proto shledávám nutné se touto zprávou v rámci oponentury samostatně zabývat."

122. V části 2.2 „Navrhovaná řešení" expertního hodnocení je uvedeno: *„V návaznosti na definici jednotlivých úloh pro cílové řešení byl zpracovatelem proveden průzkum trhu a oslovení řady potencionálních dodavatelů. Tito oslovení dodavatelé předložili v rámci konzultace možnosti jejich řešení dané problematiky, případně sdělili, že pro danou problematiku řešen nemají. Podle mého názoru byl tímto způsobem efektivně proveden průzkum trhu a přímým kontaktem s potencionálními dodavateli se pak bylo možné zaměřit na klíčové požadované vlastnosti vzešlé z předchozí analýzy.*

(…)

Na základě získaných informací sestavil zpracovatel tabulku klíčových vlastností porovnávající varianty řešení vzhledem k předem definovaným úlohám (…) Tabulka je, dle mého názoru, přehledná, podrobná a porovnává jednotlivá řešení na základě správně definovaných klíčových parametrů. Kromě tabulky klíčových vlastností je součástí zprávy slovní zhodnocení nabízených produktů z hlediska jejich vlastností, technických parametrů, míry otevřenosti a možnosti integrace. Hodnocení je objektivní a transparentní a je patrné, že zpracovatel nepreferuje žádné konkrétní řešení. Hodnocené parametry řešení vychází z přiložených materiálů dodaných oslovenými subjekty obsažených v nezměněné podobě v příloze zprávy. V návaznosti na popis a hodnocení dostupných produktů sestavil zpracovatel varianty cílového řešení.

Vzhledem k tomu, že někteří dodavatelé řeší pouze některou z definovaných úloh, rozdělil zpracovatel v rámci zprávy cílová řešení na homogenní (řešení od jednoho dodavatele) a složená (řešení tvořeno produkty několika dodavatelů). Z hlediska integrace vychází jako bezpochyby jednodušší homogenní řešení (…) U homogenních i složených řešení zpracovatel vybral vždy dvě doporučované varianty. U každé z variant řešení uvádí zpracovatel jeho klíčové výhody a nevýhody včetně ceny pořízení a údržby na 4 roky (…)".

123. V části 2.5 „Celkové zhodnocení závěrečné zprávy" expertního hodnocení je uvedeno: *„Závěrečná zpráva realizace projektu „Informační a komunikační strategie na období 2016 – 2020" vypracovaná společností Tribase Networks, s.r.o. provádí správným způsobem analýzu informačních potřeb FAÚ MF ČR. Zpráva je, dle mého názoru, srozumitelná, profesionálně zpracovaná, logicky postavená a přesná"*.

Právní posouzení

K výroku I. – k oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění

124. Úřad nejprve k použití jednacího řízení bez uveřejnění obecně uvádí, že se jedná o druh zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců, se kterými bude vyjednávat smluvní podmínky. Ačkoliv je zakázka zadávána

v režimu podle zákona, je s ohledem na povahu tohoto řízení de facto podstatným způsobem omezena či zcela vyloučena hospodářská soutěž, a chybí tak ten aspekt zadávacího řízení, který by zajistil ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezil jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně lze tento druh zadávacího řízení považovat za nejméně formalizovaný a kontrolovatelný postup podle zákona.

125. Úřad k použití jednacího řízení bez uveřejnění dodává, že by mělo být skutečně krajním řešením tam, kde plnění požadované zadavatelem není možné zajistit jinak, 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 *„(…) možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku“.*

126. K obdobnému závěru dospěl i Krajský soud v Brně ve svém rozsudku č. j. 31 Af 54/2012 – 443 ze dne 9. 4. 2013, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 48/2013 ze dne 30. 5. 2014, v němž se mimo jiné uvádí, že JŘBU *„představuje svojí povahou výjimečný postup zadavatele, který je zadavatel oprávněn použít výlučně za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že pro tento druh zadávacího řízení neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potencionálních dodavatelů. Zadavatel tedy oslovuje pouze předem určené subjekty a z povahy věci tak musí dojít k omezení hospodářské soutěže.“* Proto je také na JŘBU pohlíženo jako na *„nejméně transparentní druh zadávacího řízení, s nejnižší mírou vnější kontroly a hospodářské soutěže*“.

127. Shora uvedené restrikce vyplývají i z odstavce 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014, o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, ve kterém se uvádí, že „(…) s *ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést (…) 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.“*. Z citované směrnice Evropského parlamentu a Rady tak vyplývá, že JŘBU by mělo být skutečně výjimečným způsobem zadávání veřejných zakázek, a to tehdy, kdy zadavatel opravdu není z objektivních důvodů schopen zajistit požadované plnění jinak, než prostřednictvím vybraného dodavatele, přičemž v žádném případě by nemělo docházet k nadužívání tohoto druhu zadávacího řízení.

128. O použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost (srov. rozsudek Krajského soud v Brně č. j. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015). Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně

neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. Z toho tedy vyplývá, že důkazní břemeno naplnění důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na zadavateli, jehož povinností je, aby doložil veškeré důvody, které svědčí pro naplnění podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění, a objektivně prokázal zákonnost svého postupu. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněném. Je tedy povinností obviněného, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byl schopen nejen odůvodnit, ale také doložit relevantními podklady.

129. Otázkou obráceného důkazního břemena se zabýval také předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí, ve kterém uvedl, že dle judikatury národních soudů i Soudního dvora je to zadavatel, kdo musí prokázat naplnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v JŘBU. Podle předsedy Úřadu to však neznamená, že Úřad může rezignovat na zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Úřad je dle předsedy Úřadu povinen (se zvláštním důrazem v řízení o uložení pokuty) opatřovat podklady pro vydání rozhodnutí a zjišťovat veškeré relevantní skutečnosti, ať již svědčící ve prospěch či neprospěch obviněného, tedy postupovat v souladu se zásadou materiální pravdy a zásadou vyšetřovací. Dle předsedy Úřadu se těmito zásadami ve vztahu k JŘBU zabýval také Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017, v němž uvedl, že *„[s] ohledem na takto výjimečnou povahu JŘBU je princip materiální pravdy modifikován rozložením důkazního břemene mezi zadavatele veřejné zakázky a Úřad, … a … důkazní břemeno žalovaného* (v posuzované věci byl žalovaným Úřad – pozn. Úřadu) *stíhá tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno zadavatel“*. Podle předsedy Úřadu tedy i přesto, že na obviněného přešlo důkazní břemeno ohledně naplnění důvodů pro použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, Úřad je povinen zjistit a posoudit stav věci do té míry, že o něm nejsou důvodné pochybnosti.

130. K výše uvedenému Úřad dále uvádí, že otázku splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je nutné posuzovat restriktivně. Požadavek na restriktivní výklad podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vyplývá kromě jiného z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění *„(…) musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (…).“* Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013 nebo na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2015-357 ze dne 1. 6. 2017, ve kterém Krajský soud v Brně uvedl, že „[p]*oužití jednacího řízení bez uveřejnění je jednou z výjimek z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení, která musí být především v intencích judikatury Soudního dvora EU vykládána restriktivně, a jednací řízení bez uveřejnění se tudíž použije pouze tehdy, nastanou-li výjimečné okolnosti, které nelze odvodit pouze ze*

skutečnosti, že zadavatel považuje za vhodné zadat následnou zakázku zadavateli, kterému zadal již předchozí zakázky, ani nepostačuje, aby se formálně dovolával technických důvodů, které nejsou podloženy konkrétními podmínkami". Citovaný rozsudek Krajského soudu byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 242/2017 – 48 ze dne 1. 11. 2017, ve kterém Nejvyšší správní soud potvrdil, že *„jednací řízení bez uveřejnění představuje pouze výjimku z otevřenějších forem zadávacích řízení. Z tohoto důvodu je třeba podmínky pro jeho užití vykládat přísně restriktivně s tím, že důkazní břemeno k prokázání naplnění těchto podmínek tíží zadavatele*".

131. Úřad na tomto místě dodává, že i když se výše uvedené rozsudky vztahují k právní úpravě JŘBU obsažené v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze jejich závěry plně vztáhnout i na nynější právní úpravu JŘBU obsaženou v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

132. V šetřeném případě obviněný opírá svou argumentaci týkající se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění o ust. § 63 odst. 3 písm. b) zákona. Podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona může zadavatel použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž. Podle § 63 odst. 4 zákona podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) jsou splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

133. Jak uvedl předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí, JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) ve spojení s § 63 odst. 4 zákona lze tedy použít, pokud jsou současně (kumulativně) splněny tyto podmínky, které musí být vykládány restriktivně:

   a. veřejnou zakázku lze z technických důvodů zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli; kromě tohoto jediného konkrétního dodavatele neexistuje na území Evropské unie žádný jiný dodavatel schopný předmět veřejné zakázky splnit;

   b. zadavatel nemohl využít jiného postupu, zejména neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada zadavatelem poptávaného plnění;

   c. zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

   Zadavatel je povinen nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že ke dni zahájení JŘBU byly všechny výše uvedené podmínky splněny.

134. V této souvislosti je dále nutno podotknout, že charakter technických důvodů opravňujících obviněného zadat veřejnou zakázku v JŘBU musí být takový, aby tyto důvody ve svém důsledku znamenaly jednoznačnou a nezpochybnitelnou nezbytnost zadání předmětné veřejné zakázky právě vybranému dodavateli. Z dokladů prokazujících existenci technických důvodů pro použití JŘBU, aby mohly být považovány za relevantní podklady obsahující odborné technické hodnocení prokazující technickou výlučnost vybraného dodavatele, musí vyplývat, jaké konkrétní technické důvody (které by měly být jasně a přesně popsány) existují a vedou k tomu, že předmět šetřené veřejné zakázky nemůže realizovat jiný dodavatel než vybraný dodavatel.

135. Obviněný k oprávněnosti použití JŘBU ve svém vyjádření ze dne 16. 11. 2017 uvedl, že před zadáním veřejné zakázky byla týmem nezávislých odborníků zpracována „Strategie", v rámci

které byl proveden průzkum trhu. Podle obviněného bylo osloveno sedm (ze závěrečné zprávy vyplývá, že bylo osloveno celkem osm dodavatelů, z nichž projevilo zájem účastnit se předmětného průzkumu trhu sedm dodavatelů – pozn. Úřadu) vnitrostátních i zahraničních subjektů a na základě podrobné analýzy jejich nabídek došel dle obviněného tým expertů k jednoznačnému závěru, že na trhu existuje pouze jediné řešení vyhovující veškerým požadavkům obviněného, a to řešení nabízené vybraným dodavatelem. Je tedy zřejmé, že obviněný existenci technického důvodu, pro který může být veřejná zakázka zadána pouze jednomu dodavateli, opírá o průzkum trhu, v rámci kterého bylo osloveno osm dodavatelů, resp. o závěrečnou zprávu, která z předmětného průzkumu trhu vychází.

136. Předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí uvedl, že závěrečná zpráva nebyla zpracována za účelem prokázání podmínek použití JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, ale cílem závěrečné zprávy bylo zjistit, jak nejlépe naplnit potřeby obviněného a definovat parametry budoucí veřejné zakázky. Podle předsedy Úřadu tak závěrečná zpráva neposuzuje řešení nabídnuté vybraným dodavatelem z hlediska splnění podmínek použití JŘBU, nýbrž představuje postup, který je blízký předběžným tržním konzultacím ve smyslu § 33 zákona.

137. Úřad konstatuje, že přestože dle předsedy Úřadu závěrečná zpráva neposuzuje řešení nabídnuté vybraným dodavatelem z hlediska splnění podmínek použití JŘBU, obviněný ve svém vyjádření ze dne 8. 8. 2018 na závěrečnou zprávu opět odkazuje, když uvádí, že z analýzy matice parametrů potenciálních řešení v tabulce č. 11 závěrečné zprávy je zřejmé, že splnění všech zde uvedených požadavků, tedy splnění úloh U1, U2 a U3, je schopno z řešení nabídnutých subjekty zkoumanými v rámci průzkumu trhu poskytnout pouze řešení „ARMS“. Podle obviněného závěrečná zpráva sice nebyla zpracována za účelem posouzení podmínek použití JŘBU, ale lze z ní plynoucí závěry podle obviněného použít jako podklad pro posouzení podmínek JŘBU.

138. Jelikož obviněný ve svých vyjádřeních, v nichž odůvodňuje použití JŘBU, opakovaně odkazuje na závěrečnou zprávu, Úřad považuje za vhodné se k této závěrečné zprávě vyjádřit i přesto, že tato zpráva dle předsedy Úřadu nepředstavuje relevantní podklad pro posouzení existence podmínek použití JŘBU.

139. Z bodu 3.2 „Doporučení pro realizaci výběrového řízení na dodávku software“ dodatku č. 1 závěrečné zprávy vyplývá, že Tribase Networks vzhledem k požadavku na zajištění kompatibility jednotlivých úloh cílového řešení navrhla, aby všechny tři požadované úlohy byly dodány jediným uchazečem (tzv. homogenní řešení). Podle svého vyjádření ze dne 16. 11. 2017 obviněný při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto doporučením.

140. V bodě 3.2 „Doporučení pro realizaci výběrového řízení na dodávku software“ dodatku č. 1 závěrečné zprávy je dále uvedeno, že při splnění požadavku na sjednocení plnění úloh U1, U2 a U3 a následném předávání výsledků činnosti nejen orgánům spolupracujícím nejen na odhalování legalizace výnosů z trestné činnosti a financování terorismu ze závěrečné zprávy vyplývá, že existuje pouze jediný možný dodavatel v České republice, jakož i na území EU, schopný plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu.

141. Jak Úřad zjistil, v bodě 7 závěrečné zprávy se uvádí, že její zpracovatelé provedli základní rozdělení vhodných řešení na homogenní a složená s tím, že pro každou z těchto kategorií definovali dvě řešení, která nejlépe splňují potřeby obviněného. V navazujícím bodě 7.1

„Homogenní řešení“ obsahuje závěrečná zpráva popis dvou variant spadajících pod tzv. homogenní řešení – varianty nabízené vybraným dodavatelem a varianty označené jako „Varianta 2 – Apache, SVAT (Profinit)“ (dále jen „varianta 2“). U varianty nabízené vybraným dodavatelem je uvedeno, že se jedná o řešení, které je již kompletně hotové a pro které nejsou potřeba žádné rozsáhlejší úpravy mimo rámec implementace. Podle Tribase Networks byla tato varianta z homogenních řešení zvolena jako optimální. U varianty 2 je v závěrečné zprávě uvedeno, že toto řešení plně splňuje definici standardů provozního prostředí a řešení je složeno částečně z open-source produktů a částečně z vlastního vyvinutého software, přičemž všechny části jsou vzájemně integrovány.

142. Ze závěrečné zprávy tak dle Úřadu vyplývá, že v případě posuzovaných homogenních řešení existují dvě řešení, která jsou pro naplnění potřeby obviněného vhodná. Pokud je v bodě 7 závěrečné zprávy uvedeno, že pro obě kategorie (tj. pro homogenní a složené řešení) jsou definována dvě řešení, která nejlépe splňují potřeby obviněného, a následně je v bodě 7.1 závěrečné zprávy u homogenních řešení popsána varianta nabízená vybraným dodavatelem a varianta 2, kterou nabízí Profinit, lze z toho dle Úřadu učinit závěr, že varianta 2 je jedním ze dvou homogenních řešení splňujících potřeby obviněného ve smyslu bodu 7 závěrečné zprávy. U varianty 2 je sice uvedeno, že je zde poměrně obsáhlá část, která bude muset být vyvinuta na míru, kdy plánovaný časový fond na realizaci přesáhne vyhrazený časový rámec pro realizaci, nicméně dodavatel dle informace uvedené v závěrečné zprávě ujišťuje, že bude vše *„eliminovat dostatečným vývojovým teamem, aby se vše stihlo včas a celý projekt byl řádně dokončen“*. Výše uvedené potvrzuje také odpověď Profinit na poptávku (viz body 114. a 115. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kde je v části 2. „Manažerské shrnutí“ uvedeno, že *„poptávka obsahovala 4 body, ze kterých ne všechny je schopen Profinit nabídnout formou hotového řešení, a toto i otevřeně uvádíme v naší odpovědi. Přestože věříme, že bychom byli schopni je pokrýt všechny, šli bychom u některých z jít cestou vývoje řešení na míru pro zákazníka (…)“* a v části 5.3 „Zpracování a převod nestrukturovaných dokumentů do částečně strukturované podoby“ odpovědi Profinit na poptávku je uvedeno, že *„Firma Profinit nedisponuje žádným hotovým řešením, které by pokrývalo tuto problematiku out of box, ale v případě zájmu o placený vývoj na zakázku jsme schopni nacenit a odhadnout tvorbu popsaného softwaru. Případně máme zkušenosti také s přebíráním softwareu třetích stran a zajištění jejich dalšího rozvoje“.*

143. Obviněný kromě závěrečné zprávy odkazuje také na její dodatek č. 1, který sice obsahuje v bodě 3.2 „Doporučení pro realizaci výběrového řízení na dodávku software“ tvrzení, že z provedené analýzy matice parametrů potenciálních řešení uvedených v závěrečné zprávě vyplývá, že při splnění požadavku na sjednocení plnění úloh 1, 2 a 3 a následném předávání výsledků činnosti nejen orgánům spolupracujícím na odhalování legalizace výnosů z trestné činnosti a financování terorismu existuje jediný možný dodavatel v České republice, jakož i na území EU, schopný plnit veřejnou zakázku v požadovaném rozsahu, podle Úřadu se ale jedná o obecné tvrzení, v němž absentuje konkrétní technický důvod, proč nemůže veřejnou zakázku realizovat Profinit se svou variantou 2, když v závěrečné zprávě je tato varianta popsána a uvedena jako možná.

144. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 27. 11. 2017 (a následně také ve svém vyjádření ze dne 8. 8. 2018) odkazuje na tabulku č. 11 „Vlastnosti hodnocených produktů“ obsaženou v závěrečné zprávě, která porovnává jednotlivá řešení dodavatelů získaná v rámci průzkumu

trhu, a z níž podle obviněného vyplývá, které požadované vlastnosti je možno zajistit při splnění kompatibility vstupů a výstupů jednotlivých úloh. Podle obviněného nebyly všechny společnosti schopné plnit celou množinu úloh, jež vycházely z potřeb obviněného. Podle Úřadu však z tabulky č. 11 „Vlastnosti hodnocených produktů“ obsažené v závěrečné zprávě nikterak nevyplývá, že by právě variantu 2, kterou nabízí Profinit, nebylo možné realizovat. V předmětné tabulce je dokonce u této varianty uvedena míra vhodnosti řešení pro úlohu U1 „2“ a pro úlohy U2 a U4 dokonce „1“ (přitom je dle pokynů pod předmětnou tabulkou použito známkování jako ve škole, tj. 1 – nejlepší, 5 – nejhorší). Pokud je řešení hodnoceno známkou „1“ nebo „2“, nelze z toho dle Úřadu nijak dovodit, že by takové řešení nebylo možné technicky realizovat, naopak lze dle Úřadu dojít k závěru, že se jedná o vhodné řešení.

145. Úřad na základě uvedeného konstatuje, že ačkoliv obviněný v souvislosti s prokazováním existence technického důvodu pro zadání veřejné zakázky v JŘBU opakovaně odkazuje na závěrečnou zprávu, ze závěrečné zprávy existence technického důvodu, pro který může být veřejná zakázka zadána pouze jednomu dodavateli, nevyplývá. Naopak závěrečná zpráva obsahuje takové informace, z nichž lze dle Úřadu dovozovat, že v případě homogenních řešení existují minimálně dvě řešení, která splňují definici standardů provozního prostředí.

146. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 8. 8. 2018 odkazuje také na expertní hodnocení, které dle obviněného potvrzuje vhodnost homogenních řešení, hodnotí závěrečnou zprávu jako srozumitelnou, profesionálně zpracovanou, logicky postavenou a přesnou a potvrzuje reprezentativnost průzkumu trhu. Podle Úřadu však expertní hodnocení neobsahuje žádné nové skutečnosti oproti závěrečné zprávě, které by prokazovaly oprávněnost použití JŘBU. Z expertního hodnocení vyplývá, že bylo zpracováno za účelem hodnocení žádosti o grant. Jelikož tato žádost o grant se v mnoha bodech opírá o závěrečnou zprávu, zabývalo se expertní hodnocení také závěrečnou zprávou. Expertní hodnocení pak shrnuje, co závěrečná zpráva obsahuje a hodnotí, jak byla závěrečná zpráva zpracována. Pokud expertní hodnocení uvádí, že závěrečná zpráva je srozumitelná, profesionálně zpracovaná, logicky postavená a přesná, lze z takového hodnocení dle Úřadu dovodit, jakým způsobem je závěrečná zpráva zpracována, jaká je její kvalita apod. Avšak ve vztahu k naplnění podmínek použití JŘBU žádné nové skutečnosti oproti závěrečné zprávě expertní hodnocení neobsahuje.

147. Úřad se dále v souladu s druhostupňovým rozhodnutím zabýval předmětem veřejné zakázky a ve vztahu k němu konkrétními technickými důvody, resp. unikátními požadavky, pro něž dle obviněného mohl splnit veřejnou zakázku v rámci Evropské unie pouze vybraný dodavatel. Předseda Úřadu k tomu ve druhostupňovém rozhodnutí uvedl, že je na obviněném, aby identifikoval konkrétní technické požadavky, které byl dle jeho názoru schopen splnit pouze vybraný dodavatel, resp. jím dodávaný systém ARMS, a prokázal, že tyto konkrétní technické parametry nebyl v době zahájení JŘBU schopen kromě vybraného dodavatele splnit žádný jiný dodavatel působící na trhu Evropské unie např. proto, že systém ARMS, resp. jeho části, jsou unikátní a chráněné patentem.

148. S ohledem na to Úřad obviněného vyzval, aby identifikoval konkrétní technické požadavky uvedené v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, které byl schopen splnit pouze vybraný dodavatel, a aby prokázal, že tyto konkrétní technické požadavky nebyl v době zahájení zadávacího řízení schopen splnit žádný jiný dodavatel působící na trhu Evropské unie.

149. Pro úplnost Úřad uvádí, že dle předsedy Úřadu je sice na obviněném, aby identifikoval konkrétní technické požadavky, které je schopen splnit pouze systém ARMS a aby obviněný prokázal, v čem je systém ARMS, resp. jeho části, unikátní, podle Úřadu však z výzvy k jednání nijak neplyne, že obviněný požadoval pouze systém ARMS a žádný jiný. Úřad posoudil obsah zadávacích podmínek a konstatuje, že z žádného ustanovení výzvy k jednání ani jejich příloh nevyplývá, že by obviněný nepřipouštěl žádný jiný systém než systém ARMS. Úřad tak obviněného vyzval, aby identifikoval konkrétní technické požadavky uvedené v zadávacích podmínkách veřejné zakázky, které byl schopen splnit pouze vybraný dodavatel, nikoliv technické požadavky, které by byl schopen splnit přímo systém ARMS.

150. Obviněný dle svého vyjádření ze dne 20. 8. 2018 v preambuli přílohy č. 4 výzvy k jednání uvedl, že požaduje dodání jednotného, interně kompatibilního a komplexního celkového řešení. Obviněný dále citoval část preambule, podle níž *„nepřipouští možnost dodání počítačových programů, které budou splňovat jednotlivé úlohy zvlášť, bez dodavatelem garantované vzájemné kompatibility a komplexnosti celkového řešení. Je tedy požadováno dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti z rozsahu všech tří popsaných úloh“*. Z toho dle obviněného vyplývá i požadavek, že řešení nebude pouze v hypotetické rovině, tj. nepůjde o vývoj aplikace na míru, avšak půjde o řešení reálné, jehož dodávka bude spolehlivá. Podle obviněného je požadavkem řešení existující, které bude podle požadavků zadavatele přímo integrovatelné – customizovatelné. Jeho vývoj tedy dle obviněného nebude jeho charakteristickým znakem.

151. Z vyjádření obviněného ze dne 20. 8. 2018 tedy vyplývá, že za technický požadavek, pro který může veřejnou zakázku plnit pouze vybraný dodavatel, obviněný považuje požadavek na dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti v rozsahu všech úloh, tj. úloh U1, U2 a U3, a požadavek na dodávku hotového řešení, nikoliv vývoj software na míru. Podle obviněného Profinit není schopna úlohu U1 ve smyslu závěrečné zprávy dodat, a v konečném důsledku ji tedy dle obviněného nebyl schopen dodat nikdo jiný než vybraný dodavatel.

152. Úřad za účelem zjištění stavu věci, o kterém nejsou pochybnosti, vyzval Profinit ke sdělení, zda by v případě, že by jí byla ke dni 2. 3. 2017 doručena výzva k jednání, byla schopna splnit zadávací podmínky veřejné zakázky a do předmětného zadávacího řízení podat ve lhůtě stanovené obviněným nabídku. K tomu Profinit uvedla, že by byla schopna splnit zadávací podmínky a do zadávacího řízení podat nabídku, i když dle Profinit je zadání specifikováno velice neurčitě a dává velký prostor ke sporům při realizaci. Dále Profinit uvedla, že *„vzhledem k nutnosti zafixovat cenu je detail zadání nedostatečný a je možné, že je způsoben předchozími zkušenostmi zadavatele s některými konkrétními SW produkty. Při standardním výběrovém řízení bychom se zadavatele ptali na velké množství doplňujících otázek, při kterých by se zadání více zpřesnilo“*.

153. Na dotaz Úřadu, jakým způsobem by Profinit zajistila splnění požadavku obviněného na dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti v rozsahu všech popsaných úloh (tj. úloh U1, U2 i U3), Profinit uvedla, že v roce 2015 – 2016 realizovala „projekt TAČR Komplexní řešení bezpečnosti zaměřené na odhalování a prevenci hrozeb kybernetické kriminality ve finančním sektoru“, kde se jedna z částí věnovala tvorbě software na vyhledávání ve strukturovaných a nestrukturovaných datech, přičemž využíván byl indexační nástroj Solr. Implementaci projektu Profinit dle svého vyjádření v průběhu roku 2016

přizpůsobila znalostem získaným z průzkumu trhu, jelikož dle svého vyjádření očekávala vypsání veřejné zakázky v otevřeném řízení. Na základě toho se Profinit domnívá, že by byla schopna v případě, že by byla obviněným oslovena, splnit podmínky zadávacího řízení.

154. Pokud jde o technický požadavek spočívající v dodání jednoho společného řešení pokrývajícího všechny úlohy (úlohy U1, U2 a U3), z výše uvedeného dle Úřadu vyplývá, že tento požadavek mohlo po technické stránce splnit více dodavatelů. Konkrétně kromě vybraného dodavatele mohla do zadávacího řízení podat nabídku také Profinit. Profinit ve svém vyjádření neuvedla žádný technický požadavek z výzvy k jednání, který by nebyla schopna splnit, a naopak uvedla, že by byla v případě obdržení výzvy k jednání schopna se zadávacího řízení účastnit. Stejný závěr, tj. že řešení, které nabízí Profinit, splňuje požadavky obviněného na společné dodání úloh U1, U2 a U3, obsahuje dle Úřadu i závěrečná zpráva jakožto jediný dokument, na který obviněný pro podporu svého postupu v JŘBU odkazuje. Navíc z žádného jiného dokumentu z těch, které má Úřad k dispozici, neplyne, že by Profinit nebyla schopná všechny úlohy požadované obviněným realizovat. Podle Úřadu tak obviněný neprokázal, že by Profinit nebyla schopná realizovat všechny tři úlohy požadované obviněným, a neprokázal tedy ani existenci technického důvodu, pro který byla veřejná zakázka zadána v JŘBU, spočívajícího v požadavku na dodání komplexního řešení pokrývající všechny úlohy (úlohy U1, U2 a U3).

155. Pokud jde o technický požadavek spočívající v dodání hotového produktu, který dle obviněného vyplývá z preambule přílohy č. 4 výzvy k jednání, Úřad předně uvádí, že z výzvy k jednání ani z jejích příloh žádný konkrétní požadavek na dodávku hotového řešení dle Úřadu nevyplývá. V preambuli přílohy č. 4 výzvy k jednání je sice uvedeno, že obviněný požaduje dodání jednoho společného řešení pokrývajícího všechny úlohy, to však dle Úřadu nelze bez dalšího vykládat tak, že potenciální dodavatel musí mít toto společné řešení, které by splňovalo funkční vlastnosti v rozsahu všech tří úloh, k dispozici jako kompletně hotový produkt. Požadavek na dodání hotového řešení nelze dovodit ani z toho, že se jedná o veřejnou zakázku na dodávky, nikoliv o jiný druh veřejné zakázky, který by obviněný dle svého vyjádření použil, pokud by požadoval vývoj software na míru. Způsob označení veřejné zakázky v zadávacích podmínkách (tedy zda obviněný veřejnou zakázku označí jako „dodávku software“ nebo „službu spočívající ve vývoji software na míru“) má totiž vliv pouze na druh veřejné zakázky (a případně na režim veřejné zakázky), nikoliv na naplnění zákonných kritérií pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, kterými v daném případě je neexistence hospodářské soutěže z technických důvodů. Podstatné dle Úřadu je, jaké je konkrétní znění zadávacích podmínek a zda z nich je možno dovodit, že předmět veřejné zakázky není schopen splnit jiný dodavatel, tj. že z určitých technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž o veřejnou zakázku. Úřad se tedy neztotožňuje s hodnocením obviněného, že zadávací podmínky obsahují nějaký technický důvod, pro který by bylo možné konstatovat, že hospodářská soutěž o veřejnou zakázku je vyloučena.

156. Úřad k tomu dále uvádí, že obviněný svůj požadavek na hotové řešení ve svém vyjádření ze dne 1. 12. 2017 odůvodňuje nejistým a nedostatečně určitým výsledkem a časovou náročností plnění. K tomu Úřad konstatuje, že pokud má být veřejná zakázka zadána v JŘBU z technických důvodů, musí tyto technické důvody opravdu znamenat, že předmět veřejné zakázky po technické stránce nemůže splnit žádný jiný dodavatel. Jinými slovy, musí být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout obviněnému jím

požadované plnění, kdy pro obviněného neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli. V případě nejistého a nedostatečně určitého výsledku a časové náročnosti plnění se však dle Úřadu nejedná o technické důvody, pro které nemůže být zakázka plněna určitým dodavatelem. Tyto skutečnosti představují pouze výčet rizik spojených s vývojem části plnění na míru, rozhodně se nejedná o technické důvody, pro které ostatní dodavatelé nemohou plnit šetřenou veřejnou zakázku. Tato rizika lze přitom ze strany zadavatele v rámci zadávacího řízení při zachování zásad uvedených v zákoně vždy eliminovat nastavením vhodných kritérií kvalifikace či obchodních a smluvních podmínek.

157. K námitce obviněného, že pojem technický důvod je třeba vykládat komplexně a s přihlédnutím ke všem souvislostem, přičemž je pro něj podstatná i skutečnost, jestli je pro potřeby zadavatele zásadní spolehlivost a rychlost dodání, zejména v případě specifické oblasti využití jakou je problematika opatření proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu, Úřad uvádí, že ani v případě důvodů spočívajících ve spolehlivosti a rychlosti dodání se nejedná o technické důvody, pro které může být veřejná zakázka zadána prostřednictvím JŘBU jednomu dodavateli. Spolehlivost i dobu dodání lze navíc, stejně jako v případě obviněným uváděného nejistého a nedostatečně určitého výsledku a časové náročnosti plnění, vhodně ošetřit prostřednictvím obchodních a smluvních podmínek či kritérií kvalifikace.

158. Úřad k tomu dodává, že nepřehlédl časové hledisko plnění šetřené veřejné zakázky, kdy obviněný ve výzvě k jednání ze dne 2. 3. 2017 požadoval, aby plnění veřejné zakázky bylo ukončeno do konce dubna 2017, přičemž kupní smlouva byla uzavřena dne 3. 4. 2017. Na realizaci veřejné zakázky tak měl vybraný dodavatel méně než měsíc. Dle obviněného tak Profinit nebyla schopna realizovat veřejnou zakázku, neboť by ji nestihla realizovat ve vymezeném časovém rámci. Podle Úřadu však takto nastavená doba plnění veřejné zakázky neopravňuje obviněného k zadání šetřené veřejné zakázky v JŘBU, neboť se nejedná o zákonné kritérium, které zadavatele opravňuje k použití JŘBU podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona. Obviněný použití JŘBU odůvodňuje neexistencí hospodářské soutěže z technických důvodů, doba plnění veřejné zakázky ale takovým technickým důvodem při zachování restriktivního výkladu § 63 odst. 3 písm. b) zákona zcela jistě není. Pro úplnost Úřad dodává, že se v daném případě nejedná ani o naplnění podmínek dle § 63 odst. 5 zákona, podle kterého zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění také, pokud je to nezbytné v důsledku krajně naléhavé okolnosti, kterou zadavatel nemohl předvídat a ani ji nezpůsobil, a nelze dodržet lhůty pro otevřené řízení, užší řízení nebo jednací řízení s uveřejněním. Úřad k tomuto závěru vede skutečnost, že závěrečná zpráva, ve které se již o realizaci veřejné zakázky hovoří, je datována ke dni 20. 6. 2016, přičemž výzva k jednání je datována až ke dni 2. 3. 2017. V šetřeném případě tak obviněný věděl dostatečně dlouhou dobu dopředu, že bude veřejnou zakázku realizovat, a je tedy zřejmé, že veřejná zakázka není zadávána v důsledku krajně naléhavých okolností, které zadavatel nemohl předvídat.

159. Nadto Úřad dodává, že obviněný, ačkoliv k tomu byl Úřadem výslovně vyzván, ve svém vyjádření ze dne 20. 8. 2018 nijak neprokázal, že by technické požadavky nebyl v době zahájení zadávacího řízení schopen splnit žádný jiný dodavatel působící na trhu Evropské unie kromě vybraného dodavatele. Obviněný ve svém vyjádření opět odkázal na závěrečnou zprávu, resp. na matici parametrů potenciálních řešení, podle které je dle obviněného možné uvažovat jakožto o potenciálně možných dodavatelích pouze o vybraném dodavateli a

společnosti Profinit. Obviněný však ve svém vyjádření neuvedl, z jakého důvodu neexistuje žádný jiný dodavatel působící na trhu Evropské unie schopný v době zahájení zadávacího řízení splnit požadavky obviněného na předmět veřejné zakázky.

160. Obviněný sice ve svých vyjádřeních opakovaně odkazuje na průzkum trhu, nijak ale neprokázal, že lze na základě tohoto průzkumu trhu učinit jednoznačný závěr o neexistenci jiných dodavatelů schopných realizovat šetřenou veřejnou zakázku. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 8. 8. 2018 uvedl, že při hodnocení reprezentativnosti průzkumu vycházel mimo jiné z erudovanosti jejího zpracovatele, přičemž se domníval, že není v této otázce nezbytné pořizovat znalecký posudek. Z toho však dle Úřadu nelze dojít k jednoznačnému závěru, že na trhu skutečně neexistuje jiný dodavatel, který nebyl v rámci průzkumu trhu osloven, ale je schopen předmětnou veřejnou zakázku realizovat. Podle Úřadu obviněný nemůže na základě takového průzkumu trhu postavit najisto, že na trhu neexistuje jiný potenciální dodavatel schopný plnění veřejné zakázky zajistit, resp. obviněný nijak neprokázal, že by skutečně žádný další dodavatel neexistoval.

161. K námitce obviněného, že velká časová prodleva a nejistý výsledek mohly způsobit ekonomické problémy, což je dle obviněného třeba zohlednit i podle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-64 ze dne 11. 1. 2013, Úřad předně uvádí, že v rozsudku, na který obviněný odkazuje, byl řešen jiný skutkový stav. Předmětný rozsudek se týkal situace, kdy zadavatel zadal v JŘBU veřejnou zakázku na úpravy jím používaného počítačového programu, přičemž JŘBU odůvodnil nutností ochrany autorských práv dodavatele, který tento počítačový systém vytvořil v rámci plnění předešlých veřejných zakázek. Soud v tehdy řešeném případě konstatoval, že o existenci autorských práv jakožto důvodu pro zadání veřejné zakázky v JŘBU není pochyb, přičemž pokud jde o ekonomické hledisko, byla srovnávána výše nákladů, které by zadavatel vynaložil na realizaci veřejné zakázky v případě, kdy by ji realizoval sám autor zadavatelem užívaného počítačového programu na základě JŘBU, a kdy by byla provedena pouze úprava stávajícího programu, s náklady, které by musel zadavatel vynaložit v případě, kdy by veřejnou zakázku měl realizovat jiný dodavatel, a kdy by tudíž muselo dojít k vytvoření zcela nového počítačového programu, přičemž soud uvedl, že výstavba systému tzv. „na zelené louce“ je považována za neekonomickou. Zatímco tedy v tehdy posuzovaném případě bylo možno jednoznačně objektivně říci, že náklady na kompletní vytvoření zcela nového počítačového programu by byly výrazně vyšší než náklady na provedení úpravy stávajícího počítačového programu, v nyní šetřené věci, kdy obviněný pořizuje nový software (aniž by existovala varianta provedení pouhých úprav software, který již užívá), však takový závěr učinit nelze, když obviněný potenciální vznik ekonomických problémů spojuje s časovou prodlevou a nejistým výsledkem vývoje části software na míru, tedy s aspekty, které mohou, ale také nemusejí nastat, a ekonomickou výhodnost či nevýhodnost tak nelze objektivně posoudit. Jedná se tedy o zcela jinou situaci a obviněným uvedený rozsudek Krajského soudu tak nelze na šetřený případ použít.

162. Nadto Úřad s ohledem na pozdější rozhodovací praxi dodává a zdůrazňuje, že ekonomická stránka předmětné zakázky sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacího řízení bez uveřejnění. K tomu se vyjádřil např. předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, když uvedl, že *„[…] snaha zadavatele býti „dobrým hospodářem“ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho*

hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacího řízení bez uveřejnění“. V této souvislosti Úřad odkazuje také na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud uvedl: *„Tu soud také poznamenává, že sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacího řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže“* nebo na rozsudek nejvyššího správního soudu *č. j. 3 As 18/2015 – 32 ze dne 25. 11. 2015*, ve kterém je uvedeno: *„Nejvyšší správní soud se pak ztotožňuje se závěry krajského soudu i v tom smyslu, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti“*.

163. K odkazu obviněného na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S132/2014/VZ-7410/2014/522/PLy ze dne 23. 4. 2014, ve kterém Úřad podle obviněného také netrval na tom, aby zadavatel čekal na vyvinutí vyhovujícího přístroje v budoucnosti, Úřad uvádí, že v daném případě zadavatel prokázal unikátnost technických parametrů poptávaného přístroje určeného k výzkumným a experimentálním účelům, a to znaleckým posudkem a třemi expertízami zahraničních odborníků, jež shodně potvrdily skutečnost, že zadavatelem poptávané přístroje oproti jiným přístrojům této kategorie nabízejí takové vlastnosti, kterými je prokazatelně převyšují a díky kterým je lze považovat za unikátní. V tomto případě tak zadavatel unesl důkazní břemeno a prokázal oprávněnost použití JŘBU. V šetřeném případě však obviněný dle Úřadu existenci žádného technického důvodu, pro který neexistuje hospodářská soutěž, neprokázal. Úřad v šetřené věci považuje za zcela zásadní skutkové zjištění z vyjádření Profinit, z něhož plyne připravenost dodavatele Profinit k hospodářské soutěži o veřejnou zakázku. Ne bezvýznamné je i skutkové zjištění, že obviněnému byla tato připravenost k soutěži o veřejnou zakázku známa, a i přes tento fakt se rozhodl veřejnou zakázku zadat v JŘBU. Skutkové okolnosti obou případů tedy jsou zcela jiné.

164. Závěrem tak Úřad shrnuje, že se v souladu s druhostupňovým rozhodnutím zabýval předmětem veřejné zakázky tak, jak jej zadavatel vymezil v zadávacích podmínkách, a ve vztahu k němu konkrétními technickými důvody, resp. unikátními požadavky, pro něž dle obviněného mohl splnit veřejnou zakázku v rámci Evropské unie pouze vybraný dodavatel. Obviněný jako unikátní požadavek, pro který mohl veřejnou zakázku splnit pouze vybraný dodavatel, označil ve svém vyjádření ze dne 20. 8. 2018 požadavek na dodání jednoho společného řešení, které splní funkční vlastnosti v rozsahu všech úloh, tj. úloh U1, U2 a U3, a požadavek na dodávku hotového řešení. Obviněný ale nijak neprokázal, že by jeho požadavek na dodání komplexního řešení pokrývajícího všechny úlohy (úlohy U1, U2 a U3) nebyl kromě vybraného dodavatele schopen splnit žádný jiný dodavatel. Z vyjádření Profinit naopak vyplývá, že veřejnou zakázku by po technické stránce byla schopná splnit i tato společnost. Stejný závěr dle Úřadu vyplývá také ze závěrečné zprávy jakožto jediného dokumentu, na který obviněný odkazuje. Navíc z žádného jiného dokumentu neplyne, že by Profinit nebyla schopná všechny úlohy požadované obviněným realizovat. Ohledně požadavku na dodání hotového řešení Úřad konstatuje, že z výzvy k jednání ani z jejich příloh konkrétní požadavek na dodávku hotového řešení nevyplývá, ač to obviněný tvrdí. Nadto obviněný svůj požadavek na hotové řešení odůvodňuje jen nejistým a nedostatečným určitým výsledkem a časovou náročností plnění, což však dle Úřadu nejsou technické důvody,

pro které může být veřejná zakázka zadána v JŘBU a nelze jimi tedy použití jednacího řízení bez uveřejnění odůvodňovat ve smyslu zákona a ve shodě s rozhodovací praxí českých správních soudů i Soudního dvora EU.

165. Nelze tedy jinak než shrnout, že obviněný důkazní břemeno ohledně existence konkrétních technických důvodů, pro které neexistuje hospodářská soutěž, a veřejná zakázka tak může být plněna pouze vybraným dodavatelem, neunesl.

166. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí v rámci svých závěrů týkajících se důkazního břemene odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 35/2015 – 80 ze dne 28. 6. 2017, podle něhož Úřad nese důkazní břemeno tehdy, pokud chce zpochybnit skutečnosti, u kterých unesl své důkazní břemeno obviněný (viz. bod 129. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jelikož obviněný důkazní břemeno neunesl, důkazní břemeno v tomto případě v souladu se závěry citovaného rozsudku na Úřad nedopadá.

167. Výše popsaný nezákonný postup obviněného přitom mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť použitím jednacího řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit, resp. zcela vyloučil možnost účasti jakéhokoliv jiného dodavatele než vybraného dodavatele. Nelze vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším, druhu zadávacího řízení, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější plnění než vybraný dodavatel.

168. Materiální stránku přestupku přitom naplňuje již samotná potencialita vlivu postupu zadavatele na výběr dodavatele. K tomu Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012, ze kterého vyplývá, že pro naplnění skutkového stavu správního deliktu je zcela postačující pouhá možnost (hypotéza) ovlivnění výběru dodavatele, kterou není možné jakkoliv prokazovat. Stejný názor vyslovil i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě ohrožovací formy správního deliktu nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Takové dokazování by podle Nejvyššího správního soudu bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení zákonných povinností zadavatelů. K tomu Úřad dodává, že i když se uvedená judikatura vztahuje k právní úpravě správních deliktů obsažené v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, lze její závěry plně vztáhnout i na nynější právní úpravu přestupků obsaženou v zákoně č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek.

169. Dále Úřad zjistil, že kupní smlouvu na veřejnou zakázku obviněný uzavřel s vybraným dodavatelem dne 3. 4. 2017.

170. Na základě výše uvedeného tedy Úřad dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel pravidlo stanovené v § 55 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) zákona, aniž by k tomu byly splněny podmínky, neboť obviněný neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný uzavřel dne 3. 4. 2017 s vybraným dodavatelem kupní smlouvu.

K výroku II. – k uložení pokuty

171. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že obviněný se při zadávání šetřené veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel pravidlo stanovené v § 55 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na § 63 odst. 3 písm. b) zákona, aniž by k tomu byly splněny zde stanovené podmínky, neboť obviněný neprokázal, že by veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal, přičemž tím mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný uzavřel dne 3. 4. 2017 s vybraným dodavatelem kupní smlouvu.

172. Úřad se v souvislosti s rozhodováním o uložení sankce nejprve zabýval tím, zda nedošlo k zániku odpovědnosti za přestupek, resp. k promlčení přestupku.

173. Podle § 270 odst. 3 zákona (ve znění účinném k datu spáchání přestupku) odpovědnost zadavatele za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.

174. K tomu Úřad uvádí, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti zákon o přestupcích. Z ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Pro posouzení zániku odpovědnosti za přestupek a zániku jeho trestnosti se tedy dosavadní právní úprava nepoužije ani ve vztahu k přestupkům spáchaným přede dnem 1. 7. 2017. S účinností od 1. 7. 2017 Úřad posuzuje zánik odpovědnosti za přestupek a zánik trestnosti přestupku podle § 270 zákona ve znění účinném od 1. 7. 2017 (v souvislosti s nabytím účinnosti doprovodného změnového zákona). V otázkách touto speciální právní úpravou neřešených pak Úřad subsidiárně aplikuje jednotlivá ustanovení zákona o přestupcích jakožto obecnějšího právního předpisu.

175. Podle § 270 odst. 5 zákona ve znění doprovodného změnového zákona k zákonu o přestupcích (účinného od 1. 7. 2017) promlčecí doba činí 5 let.

176. Podle § 29 písm. a) zákona o přestupcích odpovědnost za přestupek zaniká uplynutím promlčecí doby.

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

178. V šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku dne 3. 4. 2017, kdy obviněný uzavřel s vybraným dodavatelem kupní smlouvu. Pětiletá promlčecí doba podle § 270 zákona ve znění doprovodného změnového zákona k zákonu o přestupcích tedy uplyne dne 3. 4. 2022. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek nezanikla.

179. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek podle odstavce 1 uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. a) až c).

180. V bodě 4. „CENA A PLATEBNÍ PODMÍNKY“ kupní smlouvy je uvedeno, že cena za předmět plnění veřejné zakázky činí 10 499 970,- Kč bez DPH, přičemž k ceně bude připočítána DPH dle sazby daně platné ke dni uskutečnění zdanitelného plnění. Na profilu zadavatele je uvedeno, že nabídková cena vybraného dodavatele s DPH činí 12 704 963,70, tzn. vybraný dodavatel vyčíslil výši DPH na 2 204 993,7 Kč. Celková cena zakázky je tedy 12 704 963,70 Kč. Z výše uvedeného vyplývá, že horní hranice pokuty za přestupek uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí činí částku 1 270 496,37 Kč.

181. Podle § 37 zákona o přestupcích při určení druhu a výměry správního trestu se přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. Podle § 38 zákona o přestupcích povaha a závažnost přestupku je dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti z citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).

182. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona o přestupcích rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon o přestupcích pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o přestupcích je toliko demonstrativní.

183. Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).

184. Z hlediska závažnosti přestupku se Úřad zabýval intenzitou narušení objektu zákonné ochrany. V šetřeném případě je tímto objektem ochrany právem chráněný zájem spočívající v zachování efektivní hospodářské soutěže o veřejné zakázky. Právě tento právem chráněný zájem lze považovat za esenciální předpoklad hospodárného vynakládání veřejných prostředků v rámci zadávání veřejných zakázek, jelikož jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů či rozhodovací praxe Úřadu, prostřednictvím férové hospodářské soutěže je dosahován cíl a smysl úpravy práva veřejných zakázek, tedy efektivní vynakládání veřejných

prostředků. Jinými slovy, jestliže je cílem zákona zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a jestliže 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 (k tomu blíže srov. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008), je třeba jednání zadavatele, které zcela vyloučí hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších, blížících se situaci úplné ignorace zákona. V šetřeném případě byl konkrétním jednáním obviněného, spočívajícím v postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro tento druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky, tento právem chráněný zájem ze strany obviněného nejen narušen, ale zcela popřen.

185. Z hlediska následků přestupku Úřadu nezbývá než konstatovat, že postupem obviněného bylo tedy nedůvodné vyloučení hospodářské soutěže, resp. stav, kdy plnění hrazené z veřejných prostředků bylo zadáno, aniž by proběhla jakákoliv soutěž o tuto veřejnou zakázku. Obviněný tedy neumožnil účast jiných v úvahu přicházejících dodavatelů, resp. podávání nabídek, které v konkurenčním prostředí mohly vyvolat tlak na sjednanou cenu veřejné zakázky.

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

187. Jako polehčující okolnost při určování výše pokuty Úřad zohlednil skutečnost, že obviněný veřejnou zakázku nezadal vybranému dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění rovnou, ale před jejím zadáním si nechal zpracovat „Strategii“, v rámci které byl proveden průzkum trhu a ohledně možnosti realizovat veřejnou zakázku bylo osloveno celkem osm vnitrostátních i zahraničních dodavatelů.

188. Jako další polehčující okolnost Úřad zohlednil skutečnost, že obviněný poskytnul v průběhu celého řízení o přestupku Úřadu řádnou součinnost.

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

190. Úřad se v souladu s druhostupňovým rozhodnutím zabýval také námitkami uvedenými v rozkladu obviněného ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí, podle kterých Úřad při stanovení výše pokuty uvedené ve výroku II. napadeného rozhodnutí opomněl zahrnout do své úvahy některé polehčující okolnosti, a proto dle obviněného obviněnému uložil pokutu v nepřiměřené výši.

191. K námitce obviněného, že Úřad při ukládání pokuty opomněl do své úvahy zahrnout polehčující okolnost spočívající v tom, že obviněný dosud nespáchal žádný přestupek na úseku veřejných zakázek, a ani v souvislosti s činností jeho právního předchůdce „Finančního analytického úřadu Ministerstva financí České republiky“ žádný takový přestupek dle obviněného spáchán nebyl, ačkoliv dle obviněného v jiných případech (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0169/2010/VZ-8695/2010/520/ABr ze dne 20. 10. 2010 nebo rozhodnutí Úřadu

č. j. ÚOHS-S198/2012/VZ-7307/2012/520/ABr ze dne 25. 5. 2012) takovou skutečnost do své úvahy zahrnul, Úřad uvádí následující.

192. Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0169/2010/VZ-8695/2010/520/ABr ze dne 20. 10. 2010 bylo rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R165/2010/VZ-10200/2013/310/BVí ze dne 3. 6. 2013 zrušeno. K rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S198/2012/VZ-7307/2012/520/ABr ze dne 25. 5. 2012, ve kterém Úřad zohlednil skutečnost, že se jednalo o první přestupek zadavatele, Úřad uvádí, že za ustálenou rozhodovací praxi Úřadu, která by u obviněného mohla vyvolat legitimní očekávání, nelze považovat jedno či několik ojedinělých rozhodnutí, neboť za ustálenou rozhodovací praxi je třeba považovat ustálenou, jednotnou a dlouhodobou činnost (případně nečinnost) správního orgánu, která opakovaně potvrzuje určitou interpretaci a aplikaci právních předpisů. Pokud Úřad v jednom či v několika ojedinělých případech zohlednil při stanovení výše pokuty skutečnost, že se jednalo o první přestupek zadavatele, nelze z toho činit závěr, že se jedná o ustálenou rozhodovací praxi Úřadu zakládající legitimní očekávání účastníků pozdějších správních řízení. Nadto Úřad uvádí, že správnímu orgánu je z hlediska ukládání pokut dána poměrně vysoká míra diskrece, kdy je v každém konkrétním případě povinen přihlížet k individuálním okolnostem případu. V šetřeném případě obviněný vznikl k 1. 1. 2017, tedy pouhých několik měsíců před spácháním přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Podle Úřadu přitom nelze jako polehčující okolnost vzít skutečnost, že obviněný se prvního přestupku dopustil po necelých čtyřech měsících od svého vzniku. K tvrzení obviněného, že žádný přestupek na úseku veřejných zakázek nebyl spáchán ani v souvislosti s činností „jeho právního předchůdce, Finančního analytického úřadu Ministerstva financí České republiky“ Úřad uvádí, že z webových stránek Ministerstva financí (https://www.mfcr.cz/cs/archiv/agenda-financniho-analytickeho-utvaru) vyplývá, že Finanční analytický útvar (tedy nikoli „úřad“, jak uvádí obviněný) jako předchůdce obviněného byl odborem Ministerstva financí, nejednalo se tedy o subjekt s právní osobností, který by se mohl dopustit přestupku. Právním předchůdcem obviněného bylo Ministerstvo financí, které se přestupků na úseku veřejných zakázek v minulosti již dopustilo. Z uvedených důvodů tak Úřad po zvážení veškerých okolností případu při určení výše pokuty nezohlednil jako polehčující okolnost skutečnost, že se jedná o první přestupek obviněného.

193. K námitce obviněného, že Úřad opomněl do své úvahy zahrnout polehčující okolnost spočívající ve zvláštní povaze činnosti obviněného, Úřad uvádí, že sice podle § 37 písm. g) zákona o přestupcích lze při určení druhu trestu a jeho výměry přihlédnout u právnické nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti, nicméně Úřad nemá povinnost přihlédnout ke všem okolnostem, které jsou v zákoně o přestupcích demonstrativně vyjmenovány, pokud v konkrétním případě nebudou pro posouzení závažnosti přestupku relevantní. Obviněný navíc v rozkladu ani jinde nikterak nespecifikuje, z jakého konkrétního důvodu by se měla povaha jeho činnosti v daném případě projevit jako polehčující okolnost, resp. v čem je povaha jeho činnosti zvláštní natolik, že by měla být zohledněna při stanovení výše pokuty. Obviněný sice ve svých vyjádřeních popisuje, jaké funkce jako správní úřad plní, jaké jsou jeho úkoly a jaké vykonává činnosti, jedná se ale o pouhý popis, který lze provést u každého správního úřadu, bez uvedení konkrétního důvodu, proč by činnost obviněného měla být ve vztahu k výši pokuty zohledněna. Úřad tak neshledal, že by povaha činnosti obviněného měla být jakkoli relevantní ve vztahu k výši ukládané pokuty.

194. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou totiž takové pokuty, jež mají likvidační charakter. V případě organizační složky státu lze uvažovat o tom, že účinek obdobný onomu „zmaření“ ekonomické podstaty daného subjektu by tu měla pokuta, která by např. byla způsobilá paralyzovat činnost takové organizační složky. Úřad dospěl k závěru, že pokuta uložená ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí není způsobilá negativně ovlivnit (ve smyslu paralýzy jeho činnosti) působení obviněného, který je organizační složkou České republiky. Z výroční zprávy obviněného za rok 2017 zveřejněné na internetových stránkách http://www.financnianalytickyurad.cz/download/FileUploadComponent-1519645003/1523605640_cs__vyrocni_zprava_fau_2017.pdf totiž vyplývá, že v příjmové stránce rozpočtu obviněného nedaňové příjmy dosáhly v roce 2017 celkové výše 12,494 mil. Kč.

195. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Má-li pokuta tyto funkce splnit, je zřejmé, že musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním.

196. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.

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

198. Úřad se zabýval také námitkou obviněného ve vztahu k výši uložené pokuty ve výroku II. napadeného rozhodnutí, podle které uložená pokuta dosahuje téměř 24 % horní hranice možné pokuty, ačkoli v jiném obdobném případě uložil Úřad pokutu ve výši pouze 16 % horní hranice možné pokuty (rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0458/2017/VZ-09252/2018/544/MPr ze dne 26. 3. 2018). K tomu Úřad uvádí, že při stanovení výše pokuty je povinen zvážit celou řadu kritérií, a to zejména kritéria uvedená v § 37 zákona o přestupcích. Právě tato kritéria jsou rozhodná pro to, v jaké výši bude v tom kterém případě pokuta uložena. Má-li tedy Úřad při ukládání pokuty posuzovat primárně kritéria ve smyslu § 37 zákona o přestupcích, pak je

evidentní, že Úřad ani „nemůže“ s obdobným pochybením uložit obdobně vysokou pokutu, neboť je zřejmé, že s ohledem na rozmanitost životních situací lze v každém individuálním případě vypozorovat odlišné (relevantní) skutečnosti, které přímo ovlivňují výši pokuty. Lze také uvést případy, kdy Úřad za obdobný přestupek uložil pokutu ve vztahu k maximální možné hranici pokuty vyšší než v projednávaném případě. Jmenovat lze např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0261/2017/VZ-23605/2017/511/KLi ze dne 15. 8. 2018, ve kterém Úřad za přestupek zadavatele, kterého se dopustil tím, že zakázku zadal v JŘBU, ačkoliv k tomu nebyly splněny zákonné předpoklady, uložil pokutu více jak 28 % horní hranice možné pokuty. Rozsudek Úřadu, na který obviněný odkazuje, se navíc týkal jiného skutkového stavu, kdy pochybení zadavatele spočívalo v tom, že danou veřejnou zakázku zadal v JŘBU, aniž by k jeho použití byly splněny podmínky stanovené v § 63 odst. 1 písm. b) a c). V šetřeném případě však Úřad rozhodl o tom, že se obviněný dopustil přestupku tím, že veřejnou zakázku zadal v JŘBU, aniž by k tomu byly splněny podmínky uvedené v § 63 odst. 3 písm. b). Podle Úřadu tak nelze porovnávat výše pokuty u případů, které se týkají jiného pochybení zadavatele. Z tohoto důvodu Úřad nepovažuje argumentaci obviněného, podle které obviněný považuje výši pokuty za nepřiměřenou, za opodstatněnou.

199. Úřad tak uzavírá, že posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty obviněnému ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

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

K výroku III. – náklady řízení

201. Podle ustanovení § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznán vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.

202. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.

203. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, musel správní orgán vycházet z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.

204. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.

205. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní

povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

206. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2018000024.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží
Česká republika – Finanční analytický úřad, Washingtonova 1621/11, 110 00 Praha

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