



UOHSX00CQ50D

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-09891/2020/541/PDz

Brno: 31. března 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správních řízeních zahájených dne 30. 4. 2019 z moci úřední a spojených téhož dne do společného správního řízení, jehož účastníkem je

- obviněný – Řízení letového provozu České republiky, státní podnik (ŘLP ČR, s.p.), IČO 49710371, se sídlem Navigační 787, 252 61 Jeneč, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 1. 7. 2019 advokátem JUDr. Josefem Donátem, LL.M., CIPP/E, ev. č. ČAK 13119, jednatelem a společníkem advokátní kanceláře ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) citovaného zákona při zadávání

- veřejné zakázky „AisView 3 – Release 2017“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-031856,
- veřejné zakázky „Release TIS 2017“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-011365, a

- veřejné zakázky „Úprava HMI systému CMOS“ zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2017 pod ev. č. Z2017-001995,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Řízení letového provozu České republiky, státní podnik (ŘLP ČR, s.p.), IČO 49710371, se sídlem Navigační 787, 252 61 Jeneč, **se dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že pro zadání veřejné zakázky „AisView 3 – Release 2017“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 24. 9. 2017, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-031856, nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. c) citovaného zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť v daném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele – Foxtrot Technologies, s.r.o., IČO 25709054, se sídlem Jívenská 2, 140 00 Praha 4 – zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 133/126/08“ ze dne 19. 9. 2008 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením „Smlouvy o dílo č. 321/2017/IS/123“ ze dne 9. 11. 2017.

II.

Obviněný – Řízení letového provozu České republiky, státní podnik (ŘLP ČR, s.p.), IČO 49710371, se sídlem Navigační 787, 252 61 Jeneč, **se dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že pro zadání veřejné zakázky „Release TIS 2017“, v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 29. 3. 2017, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-011365, nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. c) citovaného zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť v daném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele – ELVAC SOLUTIONS s. r. o., IČO 27396649, se sídlem Hasičská 930/53, 700 30 Ostrava – zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05“ ze dne 5. 12. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením „Smlouvy o dílo č. 084/2017/IS/113“ ze dne 19. 4. 2017.

III.

Obviněný – Řízení letového provozu České republiky, státní podnik (ŘLP ČR, s.p.), IČO 49710371, se sídlem Navigační 787, 252 61 Jeneč, **se dopustil přestupku** podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že pro zadání

veřejné zakázky „Úprava HMI systému CMOS“, v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 6. 12. 2016, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2017 pod ev. č. Z2017-001995, nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. c) citovaného zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť v daném případě obviněný zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele – ELVAC SOLUTIONS s. r. o., IČO 27396649, se sídlem Hasičská 930/53, 700 30 Ostrava – zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05“ ze dne 24. 11. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením „Smlouvy o dílo č. 174/2016/IS/113“ ze dne 18. 1. 2017.

IV.

Za spáchání přestupků uvedených ve výrocích I. – III. tohoto rozhodnutí a přestupku uvedeného ve výroku IV. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019, kterým bylo konstatováno, že se obviněný – Řízení letového provozu České republiky, státní podnik (ŘLP ČR, s.p.), IČO 49710371, se sídlem Navigační 787, 252 61 Jeneč – dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, tím, že pro zadání veřejné zakázky „Obnova zobrazovací stěny“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném na základě výzvy k jednání ze dne 20. 1. 2017, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-008117, nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. b) citovaného zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel – Nowatron Elektronik spol. s r.o., IČO 45270007, se sídlem Na Radosti 298/4, 155 21 Praha 5, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením „Kupní smlouvy č. 499/2016/IS/113“ ze dne 16. 3. 2017, se obviněnému podle § 268 odst. 2 písm. a) citovaného zákona

ukládá pokutu ve výši 180 000 Kč (sto osmdesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

Veřejná zakázka „AisView 3 – Release 2017“

1. Obviněný – Řízení letového provozu České republiky, státní podnik (ŘLP ČR, s.p.), IČO 49710371, se sídlem Navigační 787, 252 61 Jeneč, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 1. 7. 2019 advokátem JUDr. Josefem Donátem, LL.M., CIPP/E, ev. č. ČAK 13119, jednatelem a společníkem advokátní kanceláře ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 24. 9. 2017 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „výzva AisView 3 – Release 2017“) společnosti Foxtrot Technologies, s.r.o., IČO 25709054, se sídlem Jívenská 2, 140 00 Praha 4 (dále jen „vybraný dodavatel Foxtrot Technologies“) za účelem zadání veřejné zakázky „AisView 3 – Release 2017“ jednacím řízením bez uveřejnění, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 11. 2017 pod ev. č. Z2017-031856 (dále jen „veřejná zakázka AisView 3 – Release 2017“).
2. V bodu 2. „Druh veřejné zakázky“ výzvy AisView 3 – Release 2017 zadavatel uvedl, že veřejná zakázka AisView 3 – Release 2017 je klasifikována jako podlimitní veřejná zakázka na služby, přičemž se jedná o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacím řízením bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť z důvodu ochrany výhradních práv může být daná veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem, a to vybraným dodavatelem Foxtrot Technologies.
3. Z bodu 3. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy AisView 3 – Release 2017 vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 byla služba v podobě softwarové úpravy (upgrade) systému AisView 3.
4. Z čl. II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 11. 2017 vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 byla zadavatelem stanovena ve výši 5 000 000,- Kč bez DPH.
5. Z obdržené dokumentace a z vyjádření obviněného k žádosti Úřadu o sdělení informací a zaslání dokumentů ze dne 5. 6. 2018 vyplývá, že obviněný uzavřel dne 9. 11. 2017 s vybraným dodavatelem Foxtrot Technologies smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017, ze které vyplývá, že obviněný poptával od vybraného dodavatele Foxtrot Technologies „vytvoření díla s názvem „AisView 3 – Release 2017“, jehož předmětem je upgrade systému AisView 3 (dále jen „systém“), přičemž předmětem této smlouvy byl závazek vybraného dodavatele Foxtrot Technologies „vytvořit pro objednatele dílo spočívající v úpravách a rozšíření funkčnosti systému“, a celková konečná hodnota této zakázky činila 5 098 674 Kč bez DPH.

Veřejná zakázka „Release TIS 2017“

6. Obviněný zahájil jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona dne 29. 3. 2017 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „výzva Release TIS 2017“) společnosti ELVAC SOLUTIONS s. r. o., IČO 27396649, se sídlem Hasičská 930/53, Hrabůvka, 700 30 Ostrava (dále jen „vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS“) za účelem zadání veřejné zakázky „Release TIS 2017“ jednacím řízení bez uveřejnění, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 4. 2017 pod ev. č. Z2017-011365 (dále jen „veřejná zakázka Release TIS 2017“).
7. V bodu 2. „Druh veřejné zakázky“ výzvy Release TIS 2017 zadavatel uvedl, že veřejná zakázka Release TIS 2017 je klasifikována jako nadlimitní veřejná zakázka na služby, přičemž se jedná o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť z důvodu ochrany výhradních práv může být daná veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem, a to vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS.
8. Z bodu 3. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy Release TIS 2017 vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky Release TIS 2017 byla úprava chování systému TIS na základě uživatelských požadavků, úprava na základě požadavků daných směrnicemi ŘLP, s.p., ÚCL a další legislativou.
9. Z čl. II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 4. 2017 vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky Release TIS 2017 byla zadavatelem stanovena ve výši 6 400 000,- Kč bez DPH.
10. Z obdržené dokumentace a z vyjádření obviněného k žádosti Úřadu o sdělení informací a zaslání dokumentů ze dne 5. 6. 2018 vyplývá, že obviněný uzavřel dne 19. 4. 2017 s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky Release TIS 2017, ze které vyplývá, že obviněný poptával od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS „vytvoření díla (dále jen „dílo“) pod názvem „Release TIS 2017“, jehož předmětem je další rozvoj systému TIS“, přičemž předmětem této smlouvy byla „úprava chování systému TIS na základě uživatelských požadavků. Je požadováno realizovat softwarové úpravy systému TIS:
 - Aktualizovat verzi DevExpress na verzi 16.1.8
 - Optimalizovat načítání dat v modulu kabeláž
 - Rozšířit a doplnit systém pro podporu uvádění ATM systému do provozu (Kiwi) o nový
 - Požadavky plynoucí z platných směrnic
 - Spustit webový server pro TIS na novém IIS
 - Realizovat možnost zobrazit výsledky SQL dotazu přímo v gridu aplikace TIS
 - Rozšířit a doplnit modul kabeláže
 - Realizovat modul pro evidenci bezpečnostních incidentů
 - Realizovat webové rozhraní pro modul bezpečnostních incidentů
 - Realizovat Web pro podporu žádostí ATMS, a vyjádření PA/MA k závadě

- *Realizovat Evidenci nápravních opatření a nálezů pro podporu práce AI.“*

Celková konečná hodnota této zakázky činila 6 360 640 Kč bez DPH.

Veřejná zakázka „Úprava HMI systému CMOS“

11. Obviněný zahájil jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona dne 7. 12. 2016 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „výzva Úprava HMI systému CMOS“) vybranému dodavateli ELVAC SOLUTIONS za účelem zadání veřejné zakázky „Úprava HMI systému CMOS“ jednacím řízením bez uveřejnění, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2017 pod ev. č. Z2017-001995 (dále jen „veřejná zakázka Úprava HMI systému CMOS“).
12. V bodu 2. „Druh veřejné zakázky“ výzvy Úprava HMI systému CMOS zadavatel uvedl, že veřejná zakázka Úprava HMI systému CMOS je klasifikována jako podlimitní veřejná zakázka na služby, přičemž se jedná o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť z důvodu ochrany výhradních práv může být daná veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem, a to vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS.
13. Z bodu 3. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy Úprava HMI systému CMOS vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS byla úprava uživatelského rozhraní systému CMOS pro pracoviště technické obsluhy v ITS IATCC, pro pracoviště technických dohledů i pro pracoviště technické obsluhy na regionálních letištích. Podmínkou pro úpravu uživatelského rozhraní je doplnění hardwarových prostředků systému CMOS a upgrade platformy Citect pro systém CMOS.
14. Z čl. II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2017 vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS byla zadavatelem stanovena ve výši 5 400 000,- Kč bez DPH.
15. Z obdržené dokumentace a z vyjádření obviněného k žádosti Úřadu o sdělení informací a zaslání dokumentů ze dne 5. 6. 2018 vyplývá, že obviněný uzavřel dne 18. 1. 2017 s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS, ze které vyplývá, že obviněný požadoval od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS „vytvoření díla pod názvem: „Úprava HMI systému CMOS“. Jedná se o úpravu systému CMOS (Centrální Monitorovací a Ovládací Systém) (dále také jako „Systém“), jehož původním dodavatelem je zhotovitel, a je také nositelem autorských práv k tomuto Systému. Systém je koncipován jako centrální monitorovací a ovládací systém pro zařízení a systémy ATM, je určen pro podporu pracovníkům technických sálů při monitorování a řízení jiných svěřených systémů. Systém je certifikován Úřadem pro civilní letectví.“, přičemž předmětem této smlouvy byla „úprava uživatelského rozhraní Systému pro pracoviště technické obsluhy v ITS IATCC, pro pracoviště technických dohledů i pro pracoviště technické obsluhy na regionálních letištích. Podmínkou pro úpravu uživatelského rozhraní je doplnění hardwarových prostředků Systému a upgrade platformy Citect pro Systém v následujícím rozsahu:

 - *přechod na platformu Citect 7.50 a s tím související úpravy v kódu*

- *úpravy grafických layoutů*
- *sjednocení grafiky, úprava stávajících grafických komponent*
- *9 ks serverů na platformě Intel, 32 GB paměti, s montáží do racku, se standardním HW a SW vybavením tak, aby splňovali výkonové i provozní parametry jako Aplikační server pro Systém ve verzi s poptávaným novým HIVII*
- *3 ks monitorů s poměrem stran 16:10, úzký černý rámeček, rozlišení 1920x1200,úhlopříčka 24" určené pro provoz 24/7."*

Celková konečná hodnota této zakázky činila 5 118 950 Kč bez DPH.

Veřejná zakázka „Obnova zobrazovací stěny“

16. Obviněný zahájil jakožto veřejný zadavatel podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona dne 20. 1. 2017 odesláním výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „výzva Obnova zobrazovací stěny“) společnosti Nowatron Elektronik spol. s r.o., IČO 45270007, se sídlem Na Radosti 298/4, 155 21 Praha 5 (dále jen „vybraný dodavatel Nowatron Elektronik“) za účelem zadání veřejné zakázky „Obnova zobrazovací stěny“ jednacím řízením bez uveřejnění, jehož „Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-008117 (dále jen „veřejná zakázka Obnova zobrazovací stěny“).
17. V bodu 2. „Druh veřejné zakázky“ výzvy Obnova zobrazovací stěny zadavatel uvedl, že veřejná zakázka Obnova zobrazovací stěny je klasifikována jako nadlimitní veřejná zakázka na dodávky, přičemž se jedná o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, neboť z technických důvodů může být daná veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem, a to vybraným dodavatelem Nowatron Elektronik.
18. Z bodu 3. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy Obnova zobrazovací stěny vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny byla obnova velkoplošného zobrazení náhradou elektroniky zobrazovacích modulů a náhradou řídicích serverů zobrazovací stěny za zachování stávajícího stavebního řešení, konstrukce stěny a fyzických obrazovek (kostek) Barco.
19. Z čl. II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 3. 2017 vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny byla zadavatelem stanovena ve výši 9 600 000,- Kč bez DPH.
20. Z obdržené dokumentace a z vyjádření obviněného k žádosti Úřadu o sdělení informací a zaslání dokumentů ze dne 5. 6. 2018 vyplývá, že obviněný uzavřel dne 16. 3. 2017 s vybraným dodavatelem Nowatron Elektronik kupní smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny, ze které vyplývá, že „[p]ředmětem této smlouvy je obnova velkoplošného zobrazení náhradou elektroniky zobrazovacích modulů a náhradou řídicích serverů zobrazovací stěny za zachování stávajícího stavebního řešení, konstrukce stěny a fyzických obrazovek (kostek) Barco (dále jen „předmět koupě“). Předmět koupě bude dodán v požadovaném počtu a bude mít vlastnosti, kvalitu a funkční vlastnosti v souladu

s výrobní dokumentací výrobce. Nedílnou součástí předmětu koupě je i instalace a programování.“ Celková konečná hodnota této zakázky činila 8 899 700 Kč bez DPH.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

21. Na základě kontroly postupu zadavatele, zahájené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) na základě oznámení o zahájení kontroly č. j. ÚOHS-K0002/2018/VZ-10975/2018/544/MDb ze dne 16. 4. 2018, které bylo zadavateli doručeno následujícího dne, bylo v kontrolních zjištěních protokolu o kontrole č. j. ÚOHS-K0002/2018/VZ-20550/2018/544/MDb ze dne 8. 3. 2019 (dále jen „protokol o kontrole“) konstatováno, že zadavatel při zadávání veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS postupoval v rozporu s § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť tyto veřejné zakázky zadal v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraných dodavatelů Foxtrot Technologies a ELVAC SOLUTIONS zapříčinil zadavatel v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění předmětných veřejných zakázek.
22. V témže protokolu o kontrole dále bylo konstatováno, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny postupoval v rozporu s § 63 odst. 3 písm. b) zákona, neboť tuto veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu neexistence hospodářské soutěže z technických důvodů, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení, neboť technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly zadavatelem doloženy a zadavatel tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění.
23. Proti kontrolním zjištěním protokolu o kontrole podal zadavatel dne 26. 3. 2019 námitky, ve kterých uvedl, že kontrolní zjištění v protokolu o kontrole považuje za nesprávné, a navrhl, aby bylo jeho námitkám vyhověno a přijato kontrolní zjištění, že zadavatel při zadávání veřejných zakázek nepostupoval v rozporu s § 63 odst. 3 písm. b) a § 63 odst. 3 písm. c) zákona.
24. Přípisem č. j. ÚOHS-K0002/2018/VZ-10742/2019/544/MDb ze dne 29. 4. 2019 bylo zadavateli sděleno, že podané námitky budou v souladu s § 14 odst. 3 zákona č. 255/2012 Sb., o kontrole, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „kontrolní řád“) vyřízeny v tomto řízení o přestupcích.
25. Úřad, který je příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, získal na základě kontroly oprávněnosti užití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 písm. b) a § 63 odst. 3 písm. c) zákona, vedené pod sp. zn. K0002/2018/VZ (dále jen „kontrola“), pochybnosti o tom, zda se obviněný při zadávání veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS nedopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání těchto veřejných zakázek nedodržel postup stanovený v § 63 odst. 3 písm. c) zákona, když předmětné veřejné zakázky zadal v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle posledně citovaného

ustanovení zákona, neboť důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraných dodavatelů Foxtrot Technologies a ELVAC SOLUTIONS zapříčinil zadavatel v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětu plnění předmětných veřejných zakázek.

26. Na základě totožné kontroly získal Úřad pochybnosti o tom, zda se obviněný při zadávání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny nedopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání této veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 63 odst. 3 písm. b) zákona, když tuto veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu neexistence hospodářské soutěže z technických důvodů, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v posledně citovaném ustanovení, neboť technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly zadavatelem doloženy a zadavatel tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění.

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPCÍCH

Průběh řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0171/2019/VZ (AisView 3 – Release 2017)

27. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě kontroly získal pochybnosti, zda obviněný byl při zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 oprávněn použít jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, zahájil řízení o přestupku z moci úřední vedené pod sp. zn. S0171/2019/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.
28. Účastníkem řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0171/2019/VZ je podle ustanovení § 256 zákona obviněný.
29. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-S0171/2019/VZ-10331/2019/541/OKo ze dne 30. 4. 2019. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno téhož dne, a tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), v návaznosti na § 249 zákona, zahájeno řízení o přestupku z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.

Průběh řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0172/2019/VZ (Release TIS 2017)

30. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě kontroly získal pochybnosti, zda obviněný byl při zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 oprávněn použít jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, zahájil řízení o přestupku z moci úřední vedené pod sp. zn. S0172/2019/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.
31. Účastníkem řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0172/2019/VZ je podle ustanovení § 256 zákona obviněný.
32. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-S0172/2019/VZ-11321/2019/541/OKo ze dne 30. 4. 2019. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno téhož dne, a tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 správního řádu, v návaznosti na § 249 zákona, zahájeno řízení o přestupku z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.

Průběh řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0173/2019/VZ (Úprava HMI systému CMOS)

33. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě kontroly získal pochybnosti, zda obviněný byl při zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS oprávněn použít jednacích řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, zahájil řízení o přestupku z moci úřední vedené pod sp. zn. S0173/2019/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.
34. Účastníkem řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0173/2019/VZ je podle ustanovení § 256 zákona obviněný.
35. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-S0173/2019/VZ-11322/2019/541/OKo ze dne 30. 4. 2019. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno téhož dne, a tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 správního řádu, v návaznosti na § 249 zákona, zahájeno řízení o přestupku z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.

Průběh řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0174/2019/VZ (Obnova zobrazovací stěny)

36. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě kontroly získal pochybnosti, zda obviněný byl při zadání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny oprávněn použít jednacích řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, zahájil řízení o přestupku z moci úřední vedené pod sp. zn. S0174/2019/VZ ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.
37. Účastníkem řízení o přestupku vedeného pod sp. zn. S0174/2019/VZ je podle ustanovení § 256 zákona obviněný.
38. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému přípisem č. j. ÚOHS-S0174/2019/VZ-11369/2019/541/OKo ze dne 30. 4. 2019. Oznámení o zahájení řízení o přestupku bylo obviněnému doručeno téhož dne, a tímto dnem bylo podle § 46 odst. 1 správního řádu, v návaznosti na § 249 zákona, zahájeno řízení o přestupku z moci úřední ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným.

Spojení řízení o přestupcích

39. Usnesením č. j. ÚOHS-S0171,172,173,174/2019/VZ-11945/2019/541/OKo ze dne 30. 4. 2019 Úřad spojil řízení o přestupcích vedená pod sp. zn. S0171/2019/VZ, sp. zn. S0172/2019/VZ, sp. zn. S0173/2019/VZ a sp. zn. S0174/2019/VZ do společného řízení o přestupcích vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ.

Další průběh společného řízení o přestupcích

40. Usnesením č. j. ÚOHS-S0171,172,173,174/2019/VZ-12029/2019/541/OKo ze dne 30. 4. 2019 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení.

Vyjádření obviněného ze dne 9. 5. 2019

41. Dne 9. 5. 2019 obdržel Úřad vyjádření obviněného z téhož dne, v němž obviněný úvodem sděluje, že i nadále nesouhlasí se závěry protokolu o kontrole a konstatuje, že níže uvádí své stanovisko k možnostem získání zdrojových kódů a jejich využití pro účely rozvoje software třetím subjektem, jakož i shrnutí rozhodných skutečností uvedených v námitkách proti

protokolu o kontrole, přičemž argumenty týkající se veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS uvádí zadavatel společně a argumenty týkající se veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny samostatně.

42. Ve vztahu ke zdrojovým kódům programů AisView, TIS a CMOS (dále také „informační systémy“), potažmo k argumentaci Úřadu v protokolu o kontrole, že při zajištění zdrojových kódů by se obviněný vyhnul stavu exkluzivity, obviněný uvádí, že:
- samotné zajištění zdrojových kódů k počítačovému programu (bez ohledu na jejich kvalitu) není dostatečné pro zajištění možnosti jeho další údržby a rozvoje,
 - zajištění odpovídajících podkladů a práv k předmětným informačním systémům by bylo nevhodné, a pro zajištění možnosti další údržby a rozvoje počítačových programů by nemuselo být dostatečné ani poskytnutí zdrojových kódů a související dokumentace v případě specifického know-how tvůrců těchto systémů.
43. Obviněný dále uvádí, že zdrojový kód je nezbytný pro pochopení fungování počítačového programu a provádění jeho změn, včetně rozvoje, oprav chyb a zajištění propojení s jinými programy, a že podmínkou srozumitelnosti zdrojového kódu, a tedy i možnosti provádět jeho úpravy bez narušení funkčnosti počítačového programu, je jeho dostatečná kvalita, která spočívá především v logické struktuře zdrojového kódu, srozumitelném označování jednotlivých dokumentů, respektování programátorských konvencí pro daný programovací jazyk, případně platformu, jež mohou ovlivňovat výše uvedenou strukturu a označování, a začlenění komentářů, jež vysvětlují význam a funkcionalitu jednotlivých prvků zdrojového kódu. V případě složitějších programů (mezi které patří AisView, TIS i CMOS) je dle slov obviněného dále nezbytná dokumentace jejich architektury, dokumentace datových struktur, a případně dokumentace použití nástrojů třetích stran. Konečně pro zajištění dalších úprav a údržby počítačového programu je též nezbytné nejen jednorázové předání zdrojového kódu, ale i návazné kontinuální poskytování aktualizovaných zdrojových kódů. Zajištění výše uvedených parametrů představuje dle obviněného pro autora programu dodatečný náklad, který by nemusel vynaložit, pokud by se k tomu vůči zadavateli nezavázal, tudíž vyžadování takového závazku ze strany zadavatele vede k navýšení ceny poptávaného plnění.
44. K navýšení ceny plnění může dle obviněného vést i skutečnost, že počítačový program je předmětem výhradního autorského práva. K výše uvedenému obviněný dodává, že poskytnutí zdrojového kódu v dostatečné kvalitě a získání práva počítačový program užívat a provádět změny umožňující jeho údržbu a rozvoj vedou nevyhnutelně k navýšení ceny tohoto programu, což je nevhodné v situaci, kdy zadavatel další rozvoj systému od počátku neplánuje. Obviněný nadto uvádí, že i při poskytnutí kvalitních zdrojových kódů a dokumentace k počítačovému programu, avšak nikoli know-how, není zaručeno, že předmětný program bude schopna upravovat osoba odlišná od jeho tvůrce, z čehož dle obviněného vyplývá, že pokud zadavatel poptává již vytvořený, popřípadě i aktualizovaný počítačový program, nemá možnost vyhnout se stavu exkluzivity, když u daného programu je vzhledem k jeho struktuře a způsobu tvorby vyloučena jeho přenositelnost na třetí osobu. Právě uvedenou skutečností se Úřad v rámci kontroly dle obviněného vůbec nezabýval, když tvrdil, že by stačilo pořídit si zdrojové kódy, přičemž pro takový závěr musí prokázat, že se jedná o programy, u kterých by skutečně pro vyloučení stavu exkluzivity stačila dispozice

se zdrojovými kódy. Vzhledem k výše uvedenému obviněný navrhuje, aby si Úřad nechal znalecky posoudit problematiku přenositelnosti zdrojových kódů k předmětným systémům na třetí osobu tak, aby byla posouzena otázka, zda v daném případě postačovalo k zajištění otevřeného zadávacího řízení na předmětné veřejné zakázky zadávané obviněným v roce 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění.

45. Obviněný dále obecně odkazuje na své námitky proti protokolu o kontrole ze dne 26. 3. 2019, přičemž opětovně zdůrazňuje, že předmět plnění daných veřejných zakázek vždy představoval jednorázové plnění, jehož potřeba byla do značné míry vyvolána změnou legislativy či novými technickými požadavky na zajištění bezpečnosti, pročež potřebu aktualizace dotčených systémů nemohl obviněný v době jejich pořízení nijak předvídat. K právě uvedenému obviněný dodává, že předmětem tohoto řízení o přestupcích jsou toliko veřejné zakázky, potažmo smlouvy z roku 2017, přičemž postup obviněného od okamžiku podpisu těchto smluv (tj. od okamžiku vzniku exkluzivity) do okamžiku realizace jednacích řízení bez uveřejnění na veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017, Úprava HMI systému CMOS a Obnova zobrazovací stěny je irelevantní, a že je třeba posuzovat pouze to, zda obviněný při uzavření smluv z roku 2017 mohl předvídat potřebu realizace předmětu plnění v jednacím řízení bez uveřejnění. Jinak řečeno, zavinění stavu exkluzivity obviněného je třeba posuzovat vzhledem k okolnostem původních veřejných zakázek. Obviněný trvá na tom, že v době budování jednotlivých informačních systémů, tj. AisView v roce 2008, TIS v roce 2003 a CMOS v roce 2000, byla oprávněná jeho úvaha, že požadavek na komentovaný zdrojový kód by byl neúčelný a nevhodný, přičemž tehdejší tržní praxe takový požadavek ani neumožňovala (žádný dodavatel by podle obviněného na takovou podmínku nepřistoupil).
46. Dle obviněného je nepřijatelné, aby Úřad uváděl, že si obviněný měl stanovit výše uvedený požadavek, který by byl z pohledu trhu v době budování jednotlivých informačních systémů excesivní, a jako takový by byl pravděpodobně řadou dodavatelů úspěšně napaden jako diskriminační a nepřiměřený, jako smluvní podmínku. Důkazní břemeno vzhledem k zavinění vytvoření stavu exkluzivity leží dle obviněného na straně Úřadu. Konečně obviněný dodává, že stav exkluzivity nezavinil úmyslně a že podnikl kroky k odstranění souvisejícího omezení.
47. Obviněný dále navrhuje, aby Úřad posoudil problematiku kybernetické bezpečnosti a informačních systémů, které tvoří kritickou informační infrastrukturu, neboť z definice kritické informační infrastruktury nelze dovozovat, že obviněný měl již v době pořízení těchto systémů předpokládat potřebu jejich rozvoje. K tomu obviněný předkládá důkaz, že se provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury ve smyslu zákona č. 181/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti a o změně souvisejících zákonů (zákon o kybernetické bezpečnosti), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o kybernetické bezpečnosti“), který nabyl účinnosti dne 1. 1. 2015, stal až na základě opatření obecné povahy Národního bezpečnostního úřadu č. j. 7100/2015-NBÚ/41 ze dne 23. 9. 2015, přičemž až od tohoto opatření obecné povahy je obviněný povinen zavést a provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti informačního systému kritické informační infrastruktury. S ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti by měl dle obviněného být maximálně omezen počet subjektů majících technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury.

48. K systému CMOS, jehož certifikaci předkládá jako důkaz, obviněný opětovně sděluje, že se jedná o základní prostředek pro pracovníky dohledu nad provozovanými systémy a pro podporu poskytování služeb řízení letového provozu, který aktuálně slouží k monitorování desítek systémů (přibližně 500 různých zařízení) v rámci prostředí obviněného, a který je certifikován Úřadem pro civilní letectví, což u případného nového systému nelze zaručit. Z uvedeného dle obviněného vyplývá, že náhrada systému CMOS jiným řešením je při maximální snaze odstranit stav „vendor lock-in“, zachovat hospodárnou a zajistit nepřetržitou funkčnost, bezpečnost a ochranu systému je mimořádně časově i finančně náročná. Obviněný i nadále nesouhlasí s možností opětovného vysoutěžení nových systémů, kterou by dle jeho názoru byla potlačena zásada hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků, přičemž odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012, k čemuž uvádí, že „*prakticky vždy je možné znehodnotit původní investici a zadat veřejnou zakázku takovým způsobem, aby nenavazovala na již dříve poskytnuté plnění,*“ a že vždy je možno konstatovat, že předmět plnění navazující veřejné zakázky může být realizován jiným dodavatelem. Pokud by uvedený výklad byl zákonný, byla by dle obviněného zcela vyloučena aplikace § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť by nebylo třeba chránit výhradní práva, pokud by předmět těchto výhradních práv byl vždy nahrazován. Obviněný dále odmítá přístup Úřadu, dle kterého jakýkoli zadavatel nemusí zohledňovat existenci výhradních práv, neboť může poptat nové řešení, neboť se domnívá, že rozhodnou skutečností pro posuzování zákonnosti postupu obviněného má být vždy posouzení ekonomického aspektu, tedy zda zájem na hospodářské soutěži odůvodňuje zmaření investice na původní řešení. K tomu obviněný opětovně dodává, že i pokud by hodlal přistoupit k přesoutěžení stávajících informačních systémů, nemohl by tak učinit, neboť nedisponoval potřebnými finančními prostředky, přičemž by se zároveň vystavil riziku postihu ze strany Nejvyššího kontrolního úřadu nebo zřizovatele z důvodu porušení povinnosti péče řádného hospodáře.
49. Ve vztahu k veřejným zakázkám AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS obviněný uvádí, že důvody pro použití jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 písm. c) nastaly objektivně, bez vědomého a úmyslného jednání obviněného, přičemž zákon mu neukládá tyto důvody podrobně rozvádět či dokazovat již ve výzvě k účasti v jednacím řízení bez uveřejnění. K právě uvedenému obviněný dodává, že se před zahájením zadávacím řízení na citované veřejné zakázky pokusil získat svolení dodavatelů původních systémů svolení k zásahu do jejich autorského díla jiným subjektem, avšak nikoli svou vinou neúspěšně, přičemž uvádí, že Úřad fakticky neumožňuje a ve své rozhodovací praxi ani nedovoluje využití zadání veřejné zakázky dle § 63 odst. 3 písm. c). Konečně obviněný uvádí, že byla-li shledána existence potenciality zásahu do autorských děl stávajících dodavatelů předmětných informačních systémů, jednalo se o zcela dostatečný a zákonný důvod pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 písm. c) zákona.
50. Ve vztahu k veřejné zakázce Obnova zobrazovací stěny obviněný uvádí, že byla zadána v souladu s § 63 odst. 3 písm. b) zákona, ze kterého nevyplývá, že zadavatel by si měl před zahájením předmětného zadávacím řízení předem obligatorně opatřovat odborné či znalecké posudky. Obviněný s odkazem na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 11. 2015, č. j. 3 As 18/2015-32 opětovně uvádí, že technické důvody odůvodňují zadání

veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v případě, kdy by nové plnění bylo fakticky neslučitelné s původním plněním, případně mělo za následek vyvolání škodlivého stavu na straně obviněného a nefunkčnost původního plnění, pokud by bylo poskytnuto rozdílnými dodavateli. Obviněný dále uvádí, že základní podmínkou pro upgrade zobrazovací stěny byla její úplná kompatibilita se stávajícím řešením, zejména kompatibilita interní elektroniky se stávajícími zobrazovacími moduly (kostkami), jejichž výrobcem je společnost Barco, jejímž výhradním certifikovaným partnerem byl v roce 2017 vybraný dodavatel Nowatron Elektronik, pročež kompatibilitu zobrazovacím modulů (kostek) nebylo možné zajistit nákupem jiných součástek, než od původního výrobce, který je na území České republiky výhradně zastoupen vybraným dodavatelem Nowatron Elektronik (potvrzení společnosti Barco pro vybraného dodavatele Nowatron Elektronik platné pro rok 2017 přikládá obviněný ke svému vyjádření jako důkaz). Obviněný k tomu uvádí, že při obnově zobrazovací stěny tak bylo využito dosavadní řešení, což pro něj přineslo značnou finanční úsporu a výrazně snížilo možné organizační obtíže, časovou náročnost a bezpečnostní rizika prováděné změny, jakož i omezilo rizika výpadku funkčnosti systému.

51. Obviněný uvádí, že trvá na tom, že byly splněny všechny objektivní podmínky pro zadání veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 písm. c) zákona a veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny v jednacím řízení dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, a že obviněný tedy v rámci předmětných zadávacích řízení nespáchal přestupky dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona. Závěrem obviněný navrhuje, aby Úřad předmětné řízení o přestupcích zastavil, neboť obviněný uvedené přestupky dle posledně citovaného ustanovení zákona nespáchal.

Další průběh společného řízení o přestupcích

52. Usnesením č. j. ÚOHS-S0171,172,173,174/2019/VZ-13752/2019/541/OKo ze dne 17. 5. 2019 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě Úřad od obviněného žádné další vyjádření neobdržel.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 19. 6. 2019

53. Dne 19. 6. 2019 vydal Úřad po posouzení všech rozhodných skutečností rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo, v jehož výroku I. Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele Foxtrot Technologies zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv souvisejících s předmětem plnění výše uvedené veřejné zakázky, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo AisView 3 – Release 2017.
54. Ve výroku II. citovaného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele ELVAC

SOLUTIONS zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv souvisejících s předmětem plnění výše uvedené veřejné zakázky, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo Release TIS 2017.

55. Ve výroku III. citovaného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv souvisejících s předmětem plnění výše uvedené veřejné zakázky, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS.
56. Ve výroku IV. citovaného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že pro zadání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. b) zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel – vybraný dodavatel Nowatron Elektronik, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením kupní smlouvy Obnova zobrazovací stěny.
57. Ve výroku V. citovaného rozhodnutí Úřad za spáchání přestupků uvedených ve výrocích I. až IV. citovaného rozhodnutí podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona uložil obviněnému pokutu ve výši 200 000,- Kč.
58. Ve výroku VI. citovaného rozhodnutí Úřad podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), v návaznosti na § 79 odst. 5 správního řádu a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, uložil obviněnému uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč.

Rozklad obviněného ze dne 2. 7. 2019

59. Dne 3. 7. 2019 obdržel Úřad rozklad obviněného ze dne 2. 7. 2019 proti výše citovanému prvostupňovému rozhodnutí Úřadu. Obviněný v rozkladu předně uvádí, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a nesprávné, jelikož dostatečně nepřihlíží k okolnostem věci, právnímu postavení obviněného a nedostatečně se vyjadřuje k jeho tvrzením a argumentaci, stejně jako k jím navrženým důkazům. Dle obviněného navíc Úřad postupoval přehnaně formalisticky. Úřad dle něj neprokázal konkrétní okolnosti jednotlivých skutků a tyto nedostatečně zdůvodnil. Obviněný rovněž namítá nicotnost rozhodnutí dle § 77 odst. 1 správního řádu, neboť uvedené vady napadeného rozhodnutí jsou natolik závažné, že je nelze vůbec považovat za rozhodnutí.

60. Obviněný dále uvádí, že až do dne 1. 5. 2004 neměl postavení veřejného zadavatele, protože si nemohl v letech 2000 a 2003 (tedy v době uzavírání iniciačních smluv informačních systémů TIS a CMOS) vědomě vytvořit stav exkluzivity. Obviněný tak dle svého názoru neměl v uvedené době povinnost postupovat podle tehdy účinné právní úpravy zadávání veřejných zakázek, přičemž nemohl ani předvídat, že by se v budoucnu mohl stát veřejným zadavatelem.
61. Obviněný rovněž nesouhlasí s tvrzením Úřadu, že by mu stačilo zajistit si zdrojové kódy, čímž by se vyhnul stavu exkluzivity. Úřad byl dle obviněného povinen prokázat, že se jedná o takové informační systémy, u nichž by k vyloučení stavu exkluzivity postačila dispozice se zdrojovými kódy (vzhledem k jejich metodice tvorby, stupni rozpracovanosti, komentovanosti, apod.), což však Úřad neučinil. Obviněný je přesvědčen, že získání zdrojových kódů je postupem nedostatečným, nevhodným a někdy zcela nemožným. Obviněný k této části argumentace uzavírá, že neměl možnost vyhnout se stavu exkluzivity, a trvá na provedení znaleckého posudku v této oblasti.
62. Úřad se dále dle obviněného nikterak nevypořádal s tím, zda si obviněný stav exkluzivity skutečně zavinil, či zda pouze postupoval nešikovně. Toto posouzení musí být dle obviněného provedeno k době, kdy si měl stav exkluzivity způsobit. Obviněný uvádí, že si v době uzavírání původních smluv nemohl být vědom, jak se budou informační technologie nadále vyvíjet, a že bude pro další plnění zdrojové kódy potřebovat, přičemž potřeba změn nastala na základě změn legislativy, což je objektivní a dlouhodobě nepředvídatelná skutečnost nezávislá na jeho vůli. Dle obviněného navíc nejsou relevantní jakékoliv jeho kroky učiněné od okamžiku uzavření prvotních smluv (které způsobily vznik stavu exkluzivity) do okamžiku realizace posuzovaných jednacích řízení bez uveřejnění, nýbrž relevantní je pouze to, zda v době, kdy vznikl stav exkluzivity, mohl obviněný předvídat, že mu vyvstane potřeba realizace předmětu plnění posuzovaných jednacích řízení bez uveřejnění v roce 2017. Obviněný pak trvá na tom, že stav exkluzivity nezavinil úmyslně a učinil kroky k jeho odstranění.
63. V návaznosti na výše uvedené obviněný konstatuje, že relevantní společnosti (vybraný dodavatel Foxtrot Technologies a vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS) by v době vzniku stavu exkluzivity ani neposkytly své zdrojové kódy, což dokládá emailovou komunikací, případně by se v takové situaci z cenového hlediska jednalo řádově o zcela jinou zakázku/smlouvu. Obviněný dodává, že se předmětné zdrojové kódy od jmenovaných vybraných dodavatelů snažil získat, avšak bezúspěšně. Úřadem doporučený postup je tak dle obviněného nerealizovatelný. Obviněný s ohledem na výše uvedené dochází k závěru, že v daném případě unesl břemeno tvrzení i břemeno důkazní, a že nemohl postupovat jinak, než postupoval.
64. Z definičních znaků kritické infrastruktury nelze dle názoru obviněného dovozovat, že by měl obviněný již v době pořizování předmětných informačních systémů předpokládat jejich další vývoj, k čemuž rovněž odkazuje na legislativní vývoj této problematiky. Navíc obviněný dodává, že v přechodné době do dokončení nových systémů by nemohl provést úpravy systémů, čímž by nejen nedostal svým povinností dle zákona o kybernetické bezpečnosti, ale vystavil by dané systémy hrozbě kybernetického útoku či nefunkčnosti, a tím by byla ohrožena bezpečnost a zdraví osob. Obviněný rovněž konstatuje, že by z bezpečnostních

důvodů měl být omezen počet subjektů, které mají technické informace o fungování kritické informační infrastruktury.

65. Obviněný následně podrobně rozebírá zásadu hospodárnosti v kontextu projednávaných veřejných zakázek, kterou Úřad dle jeho názoru potlačuje a neopodstatněně akcentuje nutnost opětovného vysoutěžení nových informačních systémů. Obviněný trvá na tom, že prakticky vždy je možné znehodnotit původní investici a zadat veřejnou zakázku takovým způsobem, aby nenavazovala na již dříve zadavatelem poskytnuté plnění. V případě takového výkladu by však dle obviněného byla zcela vyloučena aplikace § 63 odst. 3 písm. c) zákona, tedy použití jednacích řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv včetně práva duševního vlastnictví, neboť ochrana výhradních práv by nebyla potřeba, pokud by předmět těchto výhradních práv byl vždy nahrazován. Obviněný uvádí, že Úřad nejenže v rámci správního řízení neprovedl vlastní posouzení předmětných ekonomických aspektů, ale takovou analýzu si nevyžádal ani od obviněného.
66. K zákonnosti využití jednacích řízení bez uveřejnění obviněný dále konstatuje, že i přes objektivní odpovědnost za přestupek musí být Úřadem prokázáno spáchání přestupku ze strany obviněného. Obviněný má za to, že vzhledem k tomu, že se Úřad odmítá zabírat zaviněním stavu exkluzivity, a to ve vztahu ke konkrétním okolnostem předmětných jednacích řízení bez uveřejnění (tedy nikoli paušálně obecně), není Úřadem nikterak prokázáno, že se obviněný dopustil spáchání uvedených přestupků, a proto je prvostupňové rozhodnutí Úřadu ve výrocích I. až III. nezákonné. Obviněný opakuje, že důvody pro použití jednacích řízení bez uveřejnění nastaly objektivně, přičemž zákon obviněnému neukládá tyto důvody podrobně rozvádět, či snad prokazovat již ve výzvě k účasti v jednacím řízení bez uveřejnění. Obviněný zastává názor, že pohledem Úřadu se předmětné ustanovení § 63 odst. 3 písm. c) zákona *de facto* stává obsoletní právní normou a Úřad fakticky neumožňuje využití tohoto institutu.
67. K veřejné zakázce Obnova zobrazovací stěny obviněný uvádí, že Úřad vykládá prokazování splnění podmínek stanovených v § 63 odst. 3 písm. b) zákona extenzivně, když v podstatě nutí zadavatele, aby si pořizovali znalecké posudky. Obviněný dále tvrdí, že předmětem této veřejné zakázky byl upgrade stávající zobrazovací stěny a nikoliv vytvoření a dodání zcela nové zobrazovací stěny. Kompletní výměna technologie by dle obviněného způsobila nepřijatelné omezení provozu, byla by zvýšena časová náročnost změny a zvýšena bezpečnostní rizika a rizika výpadku funkčnosti. Zároveň by se dle obviněného jednalo o nepoměrně nákladnější řešení, při kterém by již část existujícího systému musela být bezdůvodně nahrazena. Úřad v prvostupňovém rozhodnutí dle obviněného k těmto skutečnostem vůbec nepřihlédl. Obviněný následně uzavírá, že kompatibilitu zobrazovacích modulů (kostek) nebylo možné zajistit nákupem jiných součástek než od původního výrobce. Obviněný dále uvádí, že společnost Nowatron Elektronik byla jediným subjektem, který mohl takové plnění poskytnout, a to na celém trhu Evropské unie, jelikož se jedná o výhradního distributora společnosti Barco na trhu České republiky. Jmenovaný dodavatel tak dle obviněného smí nabízet zboží společnosti Barco pouze na vyhrazeném území, a zároveň žádný obdobný dodavatel nemůže nabízet toto zboží na území výhradního dodavatele Nowatron Elektronik.
68. Na základě výše uvedeného obviněný žádá, aby předseda Úřadu rozkladem napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a předmětné řízení o přestupcích podle § 86 odst. 1

písm. a) zákona o přestupcích zastavil, neboť skutky, o nichž se řízení vede, se nestaly nebo nejsou přestupky.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 2. 9. 2019

69. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, které nabylo právní moci téhož dne, potvrdil výroky IV. a VI. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019, přičemž výroky I., II., III. a V. citovaného prvostupňového rozhodnutí zrušil a věc v tomto rozsahu vrátil Úřadu k novému projednání.
70. Předseda Úřadu v citovaném druhostupňovém rozhodnutí konstatoval, že se Úřad v odůvodnění výroků I. až III. prvostupňového rozhodnutí nedostatečně zabýval otázkou zavinění vzniku stavu exkluzivity a nedostatečně posoudil předmět relevantních veřejných zakázek s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti.
71. K nedostatečnému posouzení zavinění vzniku stavu exkluzivity předseda Úřadu povinoval Úřad k bližšímu posouzení původních smluv, na základě kterých byly vytvořeny předmětné informační systémy, přičemž z těchto původních závazků má Úřad vyvodit účel, za kterým obviněný dané informační systémy pořizoval, případně zjistit, zda obviněný plánoval provozovat tyto systémy po delší dobu. Úřad má dále posoudit, kdy došlo k zadání prvních navazujících plnění k původním smlouvám, případně v jakých intervalech docházelo k zadávání takových plnění. K tomu předseda Úřadu uvedl, že pokud by totiž navazující plnění byla zadávána po relativně krátké době po uzavření původních smluv, a pak následně v pravidelných časových intervalech, bylo by z uvedeného možné usuzovat, že obviněný již od počátku musel počítat s pravidelným rozšiřováním a údržbou informačních systémů. Úřad má rovněž přihlídnout k tvrzení obviněného, že v případě dvou veřejných zakázek nebyl v okamžiku realizace původního plnění veřejným zadavatelem, a posoudit, zda mohla tato skutečnost mít vliv na závěr o tom, že obviněný mohl již v okamžiku realizace původních plnění předpokládat i potřebu navazujícího plnění.
72. Pokud i po zohlednění všech výše uvedených dílčích aspektů dospěje Úřad k závěru, že stav exkluzivity si obviněný skutečně zavinil sám, pročez se ho nemohl dovolávat, zaměří se Úřad dle předsedy Úřadu rovněž na posouzení vlivu zákona o kybernetické bezpečnosti na postup obviněného v jednacím řízení bez uveřejnění. Za tímto účelem má Úřad nejprve posoudit, zda je obviněný provozovatelem prvků kritické infrastruktury a zda jsou dotčené informační systémy takovými prvky. Úřad má posléze zjistit, zda obviněnému ze zákona o kybernetické bezpečnosti plyne nějaká povinnost (např. povinnost zajištění nepřerušovaného chodu kritické informační infrastruktury, ochrany takového systému apod.), kdy splnění této povinnosti není možné bez omezení (či vyloučení) hospodářské soutěže na dotčené veřejné zakázky. Pokud Úřad dospěje k závěru, že obviněný takovou povinnost má, má Úřad dále posoudit, zda bylo v daném případě přiměřené, aby obviněný vyloučil hospodářskou soutěž použitím jednacím řízení bez uveřejnění, jinými slovy zda tedy platí, že hospodářskou soutěž omezil pouze do té míry, aby zajistil splnění svých zákonných povinností, a nikoliv více. K tomu předseda Úřad konstatoval, že pokud existuje mírnější omezení hospodářské soutěže, než je použití jednacím řízení bez uveřejnění, které zajistí splnění těchto povinností obviněného, byl obviněný povinen použít toto mírnější omezení hospodářské soutěže

a jednacích řízení bez uveřejnění pak není přiměřeným nástrojem k naplnění oprávněného zájmu zadavatele (splnění povinností dle zákona o kybernetické bezpečnosti).

73. Předseda Úřadu v citovaném rozhodnutí dále konstatoval, že Úřad ve výroku V. prvostupňového rozhodnutí uložil obviněnému pokutu za nejzávažnější z přestupků uvedený ve výroku IV. prvostupňového rozhodnutí (pozn. Úřadu – tento výrok byl citovaným rozhodnutím předsedy Úřadu potvrzen), přičemž k přestupkům uvedeným ve výrocih I. až III. prvostupňového rozhodnutí Úřad přihlédl s ohledem na použití zásady absorpce jako k přitěžujícím okolnostem. Z uvedeného důvodu tak předseda Úřadu zrušil rovněž výrok V. prvostupňového rozhodnutí Úřadu, neboť Úřad při novém posouzení části věci opětovně posoudí výši uložené pokuty až v návaznosti na skutečnost, zda opětovně dovodí spáchání přestupků vymezených ve výrocih I. až III. prvostupňového rozhodnutí ze strany obviněného či nikoliv.

Další průběh společného řízení o přestupcích

74. Úřad poté, co mu byla část věci vrácena k novému projednání, přípisem č. j. ÚOHS-S0171/2019/VZ-24834/2019/541/OKo ze dne 10. 9. 2019 vyznamenal obviněného o pokračování správního řízení v části týkající se veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS.
75. Usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-26404/2019/541/PDz ze dne 27. 9. 2019 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
76. Usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 určil Úřad obviněnému lhůtu k provedení úkonu –
1. písemného sdělení, za jakým účelem obviněný pořizoval předmětné informační systémy AisView, TIS a CMOS, včetně bližší charakteristiky těchto systémů, popisu jejich fungování a zdůvodnění, jaké konkrétní potřeby obviněného byly pořízením těchto informačních systémů zajišťovány, jakož i uvedení, jakým způsobem byly tyto potřeby obviněného zajišťovány v době před vznikem těchto informačních systémů,
 2. písemného sdělení, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu každý z výše uvedených informačních systémů v době jeho pořízení provozovat, resp. pokud obviněný plánoval tyto informační systémy provozovat pouze krátkodobě, nechť obviněný tuto skutečnost zdůvodní relevantní argumentací zohledňující charakter a důležitost každého z těchto informačních systémů,
 3. prokázání tvrzení obviněného, že potřeba úprav informačních systémů AisView, TIS a CMOS realizovaných na základě veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS zadávaných v jednacích řízeních bez uveřejnění v roce 2017 vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného v podobě legislativních změn, nových požadavků třetích osob či technologického vývoje, tj. konkretizaci těchto okolností u každé z citovaných veřejných zakázek,
 4. písemného sdělení, z jakých důvodů byly uzavřeny předchozí jednotlivé navazující smlouvy o dílo k informačním systémům AisView, TIS a CMOS, jimiž byl udržován stav exkluzivity vybraných dodavatelů; jestliže potřeba uzavření některé z nich vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného, nechť obviněný tyto okolnosti specifikuje u každé takové navazující smlouvy o dílo,

5. prokázání tvrzení obviněného, že každý z informačních systémů AisView, TIS a CMOS je prvkem kritické informační infrastruktury ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti, a to včetně zaslání opatření obecné povahy Národního bezpečnostního úřadu č. j. 7100/2015-NBÚ/41 ze dne 23. 9. 2015, na základě něhož se obviněný dle svého tvrzení stal provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury,
 6. písemného sdělení, z jakého důvodu nebylo možné v případě výše uvedených veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS realizovaných v roce 2017 učinit jiná bezpečnostní opatření (ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti) k zajištění kybernetické bezpečnosti předmětných informačních systémů, kterými by došlo k mírnějšímu omezení hospodářské soutěže, než použít pro zadání citovaných veřejných zakázek jednací řízení bez uveřejnění, resp. splnění kterých konkrétních povinností obviněného vyplývajících ze zákona o kybernetické bezpečnosti by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacího řízení bez uveřejnění.
77. Usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-32007/2019/541/PDz ze dne 22. 11. 2019 Úřad prodloužil obviněnému lhůtu k provedení výše uvedených úkonů, a to v návaznosti na žádost obviněného ze dne 21. 11. 2019.

Vyjádření obviněného ze dne 4. 12. 2019

78. Dne 5. 12. 2019 obdržel Úřad vyjádření obviněného ze dne 4. 12. 2019 týkající se úkonů, k jejichž provedení byl obviněný povinován na základě výše citovaného usnesení Úřadu. Obviněný ve svém vyjádření uvádí, že Úřad již má k dispozici všechny potřebné smlouvy a další dokumentaci k informačním systémům AisView, TIS a CMOS, ze kterých vyplývá podstatná část odpovědí na Úřadem položené otázky. Obviněný dále uvedl, že předseda Úřadu ve výše citovaném druhostupňovém rozhodnutí povinoval Úřad a nikoliv obviněného k posouzení povahy původních závazků, z čehož obviněný dovozuje, že není jeho povinností tyto původní závazky analyzovat a vyvodit z nich patřičná skutková zjištění. Obviněný trvá na tom, že povinností Úřadu (nikoliv obviněného) je dostatečně zdůvodnit, a tedy individuálně prokázat spáchání jednotlivých přestupků obviněným, neboť ve správním řízení zahájeném z moci úřední platí zásada vyšetřovací.
79. Obviněný trvá na svém názoru, že v případě využití všech jednacích řízení bez uveřejnění při zadávání veřejných zakázek, které jsou předmětem tohoto společného řízení o přestupcích, byly ze strany obviněného splněny objektivní podmínky dle § 63 odst. 3 zákona. Obviněný dále připomíná, že předmětem společného řízení o přestupcích jsou výhradně veřejné zakázky (a tedy smlouvy) z roku 2017. Je proto dle obviněného irelevantní hodnotit či zohledňovat jakékoli kroky obviněného, které nastaly od okamžiku podpisu prvotních smluv (a tedy okamžiku vzniku stavu exkluzivity vybraných dodavatelů) do okamžiku realizace předmětných jednacích řízení bez uveřejnění. Obviněný tak trvá na tom, že předmětem řízení o přestupcích může být pouze posouzení zákonnosti postupu obviněného v rámci předmětných jednacích řízení bez uveřejnění a nikoli posouzení vhodnosti či výhodnosti „historických“ smluv k předmětným informačním systémům, které navíc nikdy nebyly předmětem žádného posouzení anebo správního řízení před Úřadem. Proto pokud dotazy

Úřadu směřují k okolnostem uzavírání jiných dodatků k původním, iniciačním smlouvám, jsou tyto dotazy dle obviněného irelevantní, když směřují mimo předmět přezkumu.

80. Obviněný dále opakuje svoji předchozí argumentaci, že v době do 1. 5. 2004 neměl postavení veřejného zadavatele, protože obviněný nemohl v okamžiku uzavření původních smluv Release TIS a Úprava HMI systému CMOS uzavřených v letech 2000 a 2003 vědomě vytvořit stav exkluzivity vybraných dodavatelů, neboť neměl povinnost ani důvod přizpůsobovat jím uzavírané obchodní smlouvy budoucí aplikaci práva veřejných zakázek. Obviněný v této souvislosti odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019, dle něhož je postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění akceptovatelný v případě nutnosti takového postupu z nastalé objektivní změny okolností nepředvídatelné zadavatelem (např. v důsledku nové legislativy či nového manažerského rozhodnutí nadřízených orgánů). Obviněný je přesvědčen, že obviněný se v případě zadání veřejných zakázek Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS nacházel v obdobné situaci popsané výše citovaným rozsudkem krajského soudu, neboť v průběhu životnosti předmětných informačních systémů nastala z hlediska obviněného objektivní změna okolností v podobě nové legislativy, kdy se obviněný po 1. 5. 2004 stal veřejným zadavatelem ve smyslu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a následně zákona o zadávání veřejných zakázek. Obviněný taktéž uvádí, že není možné, aby Úřad posuzoval původní iniciační smlouvy k systémům TIS a CMOS uzavřené v době, kdy obviněný nebyl veřejným zadavatelem, a aby Úřad tyto hodnotil optikou následné pozdější judikatury k zavinění vzniku stavu exkluzivity vybraných dodavatelů, neboť takové jednání Úřadu by bylo v rozporu s právní jistotou obviněného, která je jedním ze znaků existence právního státu.
81. Co se týče informačního systému AisView, obviněný trvá na tom, že v době pořízení tohoto systému vycházel ze svých aktuálních potřeb, ze situace na trhu, z obvyklé praxe a ze stavu v té době platné legislativy, a tedy z povahy věci nemohl uvažovat o založení „stavu exkluzivity“. Dle obviněného je nepřipustné posuzovat dobu před téměř 20 lety prizmatem dnešních standardů a vytýkat obviněnému, že si měl stanovit smluvní podmínku, která byla z pohledu tehdejšího trhu excesivní a pravděpodobně by byla řadou dodavatelů úspěšně napadena jako diskriminační a nepřiměřená ve smyslu tehdejší právní úpravy veřejných zakázek. Obviněný dále konstatuje, že předmětem původní iniciační smlouvy v případě systému AisView je vývoj webové aplikace pro zobrazování informací, přičemž v roce 2008 nebylo úmyslem obviněného dlouhodobé provozování takové aplikace. Úmysl jejího dlouhodobého provozování dle obviněného jednak neplyne z žádného ustanovení uzavřené iniciační smlouvy, ani z technického vymezení předmětu plnění původní veřejné zakázky, a rovněž jej není možné dovodit ani z kontextu uzavírání této původní smlouvy. Obviněný zastává názor, že v roce 2008 nebylo možné efektivně předvídat další vývoj ICT aplikací, zejména nebylo možné předvídat mohutný vývoj tzv. chytrých telefonů, přičemž tento vývoj dle obviněného prodloužil životnost uvedené aplikace naprosto nepředvídatelně, což je důvod, proč došlo k uzavření přezkoumávané smlouvy o dílo v jednacím řízení bez uveřejnění v roce 2017. Obviněný připomíná, že v souladu s rozhodovací praxí správních soudů je zaviněný postup obviněného při vytvoření stavu exkluzivity třeba ze strany Úřadu v rámci předmětného řízení o přestupcích prokázat, což Úřad dosud neučinil.

82. Skutečnost, že právní postavení obviněného jako ne-zadavatele v době uzavření iniciačních smluv je podstatná pro posouzení oprávněnosti jeho dalšího postupu, vyplývá dle obviněného rovněž z dřívější rozhodovací praxe Úřadu. Obviněný v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. S123/2006/DO-16517/2006/510-če ze dne 25. 9. 2006, v němž Úřad dle obviněného přezkoumával postup zadavatele, jenž v roce 1999 uzavřel smlouvu na dodávku tramvají, aniž by byl v té době veřejným zadavatelem, načež k této smlouvě uzavřel řadu dodatků, přičemž dodatkem ze dne 19. 4. 2000 byl předmět smlouvy změněn takovým způsobem, který umožňoval zadavateli nakupovat tramvaje jiného typu, než jaké byly předmětem původní smlouvy. Obviněný uvádí, že v odkazovaném případě Úřad pouze prověřoval pravost a stáří zmíněného dodatku ze dne 19. 4. 2000, neboť vyvstaly pochybnosti o pravosti podpisů a stáří podpisů u daného dodatku, avšak z citovaného rozhodnutí Úřadu dle obviněného vyplývá, že pokud by předmětný dodatek byl reálně uzavřen v době, kdy zadavatel nebyl veřejným zadavatelem, pak by na pořízení tramvají v pozdější době, kdy už se zadavatel stal veřejným zadavatelem, bylo ze strany Úřadu nahlíženo jako zákonné a citovaný dodatek by byl zcela legitimním smluvním titulem pro nákup jiných typů tramvají bez provedení výběrového řízení. Úřad tedy v daném případě dle obviněného zjevně respektoval právní účinky právních vztahů založených před změnou statutu obecné obchodní společnosti na veřejného zadavatele, jakkoli tyto právní účinky zasahovaly i do doby po změně právních předpisů, tedy do doby, kdy konkrétní subjekt již byl veřejným zadavatelem. Pokud je tedy v šetřeném případě pro výrok o spáchání přestupků kromě jiného rozhodné i to, zda obviněný „zavinil“ vznik stavu exkluzivity, a současně pokud k tomuto „zavinění“ došlo prokazatelně v době, kdy obviněný nebyl veřejným zadavatelem, Úřad nemá dle obviněného pravomoc vznik takového „zavinění“ jakkoli přezkoumávat ani jej jakkoli zohlednit. Na stav exkluzivity, který odůvodňoval použití předmětných jednacích řízení bez uveřejnění, je tak dle obviněného třeba nahlížet jako na stav vzniklý objektivně, bez jeho zavinění.
83. Obviněný trvá na jím tvrzené skutečnosti, že v rámci předmětných jednacích řízení bez uveřejnění realizovaných v roce 2017, která jsou dle jeho názoru výhradně předmětem tohoto řízení o přestupcích, vždy předmět plnění představoval jednorázové plnění, jehož potřeba byla do značné míry vyvolána změnou legislativy anebo nových technických požadavků na zajištění bezpečnosti v oblasti letectví, což dle obviněného vyplývá z jednotlivých investičních záměrů pro předmětné veřejné zakázky, jejichž pasáže obviněný cituje ve svém vyjádření. Podle obviněného je tak zřejmé, že v případě zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 uspokojoval svou potřebu vzniklou na základě závazných požadavků třetích stran, které ke dni uzavření původní smlouvy nemohl předvídat, v případě zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 uspokojoval potřebu vzniklou v důsledku zejména legislativních změn, které ze své podstaty nemohl předvídat při uzavření iniciační smlouvy, kdy navíc v době uzavření iniciační smlouvy obviněný nebyl veřejným zadavatelem, a v případě zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS reagoval na technologický vývoj po více než 17 letech od uzavření iniciační smlouvy, což je rovněž skutečnost, která dle jeho názoru nemohla být efektivně předvídána, zejména pak nemohlo být předvídáno, že předmětné SW řešení bude mít životnost přesahující těchto 17 let, přičemž obviněný i v tomto případě připomíná, že v době uzavření iniciační smlouvy nebyl veřejným zadavatelem. Pokud je tato argumentace obviněného pro Úřad nedostačující, navrhuje obviněný provedení důkazů, aby si Úřad v rámci součinnosti správních orgánů opatřil

potřebná vyjádření anebo stanoviska Úřadu pro civilní letectví anebo Evropské organizace pro bezpečnost leteckého provozu (dále jen „EUROCONTROL“), že v době předmětných veřejných zakázek realizovaných v roce 2017 byla na straně obviněného dána objektivní potřeba realizace veřejných zakázek z důvodů legislativních změn v oblasti civilního letectví.

84. Ve vztahu k dotazům Úřadu ohledně kybernetické bezpečnosti předmětných informačních systémů obviněný uvádí, že přezkoumávaná jednacím řízení bez uveřejnění nerealizoval z důvodu, že je provozovatelem kritické bezpečnostní infrastruktury, nýbrž ve svých předchozích vyjádřeních pouze konstatoval, že s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti by měl být z bezpečnostních důvodů maximálně omezen počet subjektů, kteří mají technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury, a to na nutné minimum. K dokumentaci týkající se kritické informační infrastruktury obviněný sděluje, že Úřadu již předložil vyjádření NBÚ, dle kterého na základě opatření obecné povahy NBÚ č. j. 7100/2015-NBÚ/41 ze dne 23. 9. 2015 je obviněný provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti. V této souvislosti obviněný sděluje, že součástí výše uvedeného dopisu NBÚ je zmíněné opatření obecné povahy a příloha č. 2, ve které je konkretizováno označení prvku kritické informační infrastruktury. Obviněný sděluje, že jinou dokumentací od orgánu veřejné správy ke své kritické informační infrastruktuře nedisponuje.
85. Pokud jde o důležitost systému CMOS, obviněný uvádí, že systém CMOS je základním prostředkem pro pracovníky dohledu nad provozovanými systémy a pro podporu poskytování služeb řízení letového provozu. Nahradit systém CMOS jiným řešením je dle obviněného při jeho maximální snaze odstranit stav „vendor lock-in“, zachovat hospodárnost, a především zajistit nepřetržitou funkčnost, bezpečnost a ochranu systému, mimořádně časově i nákladově náročné, jelikož systém CMOS aktuálně slouží k monitorování desítek systémů (přibližně 500 různých zařízení) v rámci prostředí obviněného. Obviněný dodává, že systém CMOS je též již certifikován Úřadem pro civilní letectví, což u případného nového systému nelze zaručit.
86. Obviněný v této souvislosti považuje za zcela irelevantní odkaz Úřadu uvedený v odůvodnění výše citovaného usnesení na rozhodovací praxi Soudního dvora Evropské unie, jakož i odkaz na metodiku Národního úřadu pro kybernetickou a informační bezpečnost (dále jen „NÚKIB“) vydanou až dne 4. 1. 2019, neboť žádný z těchto dokumentů neexistoval v době realizace předmětných jednacím řízení bez uveřejnění, a tedy obviněný se jimi ani při vynaložení veškeré péče nemohl řídit.
87. S ohledem na výše uvedené je obviněný přesvědčen, že jeho postup při zadávání předmětných veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění byl zcela v souladu se zákonem. Obviněný proto žádá, aby Úřad vedené řízení o přestupcích v celém rozsahu zastavil, neboť skutky, o nichž se řízení vede, se nestaly nebo se nejedná o přestupky.

Další průběh společného řízení o přestupcích

88. Usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 určil Úřad obviněnému lhůtu k provedení úkonu –
1. písemného sdělení, za jakým účelem obviněný pořizoval předmětné informační systémy AisView, TIS a CMOS, včetně bližší charakteristiky těchto systémů, popisu jejich

fungování a zdůvodnění, jaké konkrétní potřeby obviněného byly pořízením těchto informačních systémů zajišťovány, jakož i uvedení, jakým způsobem byly tyto potřeby obviněného zajišťovány v době před vznikem těchto informačních systémů,

2. objasnění tvrzení obviněného obsaženého v jeho vyjádření ze dne 4. 12. 2019, v rámci něhož odůvodňuje svůj úmysl krátkodobého provozování informačního systému AisView tím, že „v roce 2008 nebylo možno efektivně předvídat další vývoj ICT aplikací, zejména nebylo možno předvídat mohutný vývoj tzv. chytrých telefonů. Tento vývoj tak prodloužil životnost této aplikace naprosto nepředvídatelně, což je důvod, proč došlo k uzavření smlouvy přezkoumávané ze strany Úřadu.“,
 3. písemného sdělení, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu provozovat informační systémy TIS a CMOS v době jejich pořízení, resp. pokud obviněný plánoval tyto informační systémy provozovat pouze krátkodobě, nechť obviněný tuto skutečnost zdůvodní relevantní argumentací zohledňující charakter a důležitost každého z těchto informačních systémů,
 4. prokázání tvrzení obviněného, že potřeba úprav informačních systémů AisView, TIS a CMOS realizovaných na základě veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS zadávaných v jednacích řízeních bez uveřejnění v roce 2017 vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného v podobě legislativních změn, nových požadavků třetích osob či technologického vývoje, tj. konkretizaci těchto okolností u každé z citovaných veřejných zakázek,
 5. písemného sdělení, z jakých důvodů byly uzavřeny předchozí jednotlivé navazující smlouvy o dílo k informačním systémům AisView, TIS a CMOS, jimiž byl udržován stav exkluzivity vybraných dodavatelů; jestliže potřeba uzavření některé z nich vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného, nechť obviněný tyto okolnosti specifikuje u každé takové navazující smlouvy o dílo.
89. Usnesením č. j. ÚOHS-00026/2020/541/PDz ze dne 2. 1. 2020 Úřad prodloužil obviněnému lhůtu k provedení výše uvedených úkonů, a to v návaznosti na žádost obviněného ze dne 30. 12. 2019.

Vyjádření obviněného ze dne 13. 1. 2020

90. Dne 13. 1. 2020 obdržel Úřad vyjádření obviněného z téhož dne, týkající se úkonů, k jejichž provedení byl obviněný povinován na základě výše citovaného usnesení Úřadu. Obviněný předně uvedl, že trvá na svých závěrech obsažených v jeho vyjádření ze dne 4. 12. 2019 a rovněž konstatoval, že dosavadní postup Úřadu vzbuzuje dojem, že Úřad činí svá právní hodnocení pouze na základě zaslaných vyjádření obviněného a pouze takto ověřuje a zjišťuje skutkový stav, což by bylo z pohledu obviněného zcela nedostatečné zjištění skutkového stavu ve správním řízení, ve kterém navíc platí zásada vyšetřovací.
91. K bodu 1. výroku výše citovaného usnesení Úřad obviněný uvedl, že systém AisView je svojí charakteristikou informačním systémem, který má zásadní dopad na bezpečnost a životy osob, jelikož tento systém zajišťuje bezpečný pohyb subjektů ve vzdušném prostoru. Z tohoto důvodu musí být zaručen neustálý plynulý a bezproblémový chod tohoto systému, jelikož v případě jakéhokoli jeho výpadku by byla ohrožena bezpečnost a životy lidí. Systém AisView byl dle obviněného v roce 2008 pořízen jako softwarový systém, který uspokojí

potřebu pro zvýšení provozní bezpečnosti formou zobrazení vybraných leteckých a meteorologických informací doporučených pro předletovou přípravu v rozsahu určeném GA v rámci FIR PRAHA, tedy relevantní informace pro lety v nízkých hladinách. Hlavním účelem systému AISView bylo podle obviněného zlepšení provozní bezpečnosti civilního letectví prostřednictvím poskytování leteckých a meteorologických informací vhodnou formou s ohledem na uživatele zahrnující piloty, uživatele dronů, orgány státní správy (Úřad pro civilní letectví, Ministerstvo dopravy, Ministerstvo obrany, Leteckou amatérskou asociaci), provozovatele letecké záchranné služby, aerokluby, letecké školy a ostatní leteckou veřejnost. Obviněný dodává, že kromě grafického zobrazování leteckých informací poskytuje systém AISView platformu pro předávání podkladů Letecké informační službě. Tyto podklady zahrnují změny leteckých informací, a jejich předávání skrze systém AISView je jedním z kanálů, které jsou zakotveny v leteckém předpisu L15 dodatku O, což je závazný regulační předpis vycházející z Chicagské úmluvy o mezinárodním civilním letectví. Vybrané podklady týkající se vyhrazení vzdušného prostoru procházejí procesem posouzení ze strany pracoviště pro uspořádání vzdušného prostoru (AMC). Systém AISView také, díky grafické prezentaci, slouží jako podpůrný nástroj pro složky letových provozních služeb, zejména pak pro Letové informační středisko FIC, jehož úkolem je poskytování letové informační a pohotovostní služby neřízeným letům VFR ve FIR Praha.

92. Obviněný dále sděluje, že systém AISView byl vyvinut ve formě webového rozhraní, což je běžný standard pro prezentaci informací. Jeho hlavním prvkem je interaktivní mapa obsahující aktuální a garantované letecké informace. Nad touto mapou jsou poskytovány další funkcionality uzpůsobené pro jednotlivé skupiny uživatelů, což zahrnuje například vyhledávání, filtrování vrstev jednotlivých prvků, pohyb na časové ose atd. Systém AISView dle obviněného podléhá závazným regulačním předpisům ze strany Evropské unie, zahrnující mimo jiné Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 552/2004 ze dne 10. 3. 2004 o interoperabilitě evropské sítě řízení letového provozu, Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 2018/1139 ze dne 4. 7. 2018 o společných pravidlech v oblasti civilního letectví a o zřízení Agentury Evropské unie pro bezpečnost letectví a Nařízení Komise (EU) č. 73/2010 ze dne 26. 1. 2010, kterým se stanoví požadavky na jakost leteckých dat a leteckých informací pro jednotné evropské nebe. Dále pak podléhá národním předpisům, jakými jsou zákon č. 49/1997 Sb., o civilním letectví, vyhláška Ministerstva dopravy a spojů č. 108/1997 Sb. a letecké předpisy řady L (konkrétně L2, L3, L5, L10, L15, L10066, L17, L4444). Z hlediska citovaného zákona o civilním letectví se dle obviněného jedná o letecké pozemní zařízení. Obviněný dodává, že před zavedením systému AISView nebyla potřeba pro interaktivní zobrazení leteckých dat nijak zajišťována, systém AISView tedy nenahrazoval žádný předchozí informační systém obviněného. Piloti a ostatní letecká veřejnost čerpali informace pouze z tištěných produktů letecké informační služby.
93. Co se týče systému TIS, obviněný uvádí, že jeho úkolem je evidovat a přehledně zpřístupňovat informace související se stavem technických systémů, a to jak z hlediska provozního, tak v souvislosti se šetřením incidentů i z hlediska změn v životním cyklu dalších systémů, které slouží řídicím letového provozu k řízení provozu ve vzdušném prostoru ČR. Informace systém získává jak ze vstupů od pracovníků technického dohledu, tak přímo od jednotlivých systémů. Systém TIS slouží jako podpora a evidence pro administrativní i odborné činnosti související s řízením letového provozu a tvoří i podpůrnou aplikaci pro

zpracovávání, distribuci, šetření a evidenci hlášení o událostech v letovém provozu. Obviněný k systému TIS dále sděluje, že účelem systému TIS v době jeho pořízení, tj. v roce 2003, bylo nahradit zejména papírový deník pracoviště obviněného, ve kterém byly zaznamenány veškeré proběhlé události i výsledky povinných činností (úkonů). Současně měl systém TIS nahrazovat množství papírové dokumentace k jednotlivým systémům a zjednodušovat a elektronizovat procesy povolující činnosti na těchto systémech (workflow). Vznik systému TIS reflektoval rozvoj potřeb obviněného, zejména aktuální pracovní postupy technického personálu (technického dohledu i administrátorů jednotlivých systémů). Systém TIS se dle obviněného skládá ze SW a HW části. Jako SW platforma je používán databázový stroj Microsoft SQL Server. Nad touto platformou je vybudována softwarová aplikace (samotný systém TIS), která řeší zpracování dat a uživatelské rozhraní. HW infrastrukturu tvoří servery rozmístěné obdobně jako u systému CMOS v hlavních lokalitách, kde slouží technický personál dohlížející na správnou funkčnost technického vybavení pro poskytování letových provozních služeb. Tyto lokality jsou datově propojeny a umožňují vzájemnou výměnu informací. Aplikace TIS je nainstalována na všech relevantních pracovištích obviněného.

94. Ohledně systému CMOS obviněný uvedl, že zmíněný systém v čase svého vzniku, tj. v roce 2000, nenahrazoval žádný tehdy existující informační systém. Jeho nutná potřeba souvisela s rostoucím počtem různých technických systémů, které byly používány jako podpora pro práci řídicích letového provozu. Obviněný konstatuje, že cílem bylo vybudování systému, který sbírá informace o technickém stavu těchto jednotlivých systémů a prezentuje je jednotnou formou pro technický dohled. Přidanou hodnotou byla možnost generovat výstrahy (alarmy) pro obsluhu, informující o poruchách a mimořádných stavech, aby se v poměrně komplikovaném prostředí minimalizovaly časové prodlevy mezi vznikem poruchy a její detekcí. Systém byl dle obviněného vybudován tak, že současně umožňuje archivovat požadované informace společně s časovou informací, a tím pomáhat při identifikaci příčin mimořádných událostí. Obviněný dodává, že systém CMOS tuto funkci vykonává dodnes, a veškerý jeho rozvoj souvisí pouze s rozvojem okolních systémů, jejichž stav musí systém CMOS reflektovat, aby vyhověl původnímu účelu, přičemž z povahy věci je zřejmé, že vývoj těchto systémů není možné efektivně predikovat, stejně jako nebylo možné jej předvídat v době vzniku systému CMOS. Uvedený systém se dle tvrzení obviněného skládá ze SW a HW části. Jako SW platforma je používán SCADA (Supervisory Control And Data Acquisition) platforma Citect. Nad touto platformou je vybudováno jednak uživatelské rozhraní, jednak zpracování a vyhodnocování informací. Po HW stránce systém CMOS sestává z komunikačních a výkonných (aplikačních) serverů, které jsou umístěné v hlavních lokalitách, kde obviněný zabezpečuje dohled nad systémy pro řízení letového provozu (pracoviště IATCC v Jenči, letiště v Karlových Varech, v Ostravě – Mošnově a v Brně). Tyto lokality jsou datově propojené a umožňují vzájemnou výměnu informací. Další části systému jsou pracovní stanice, které poskytují výstupy ze zpracování technikům. Tyto výstupy jsou přizpůsobeny jejich jednotlivým odbornostem, resp. odpovědnostem. Pokud jde o důležitost a charakteristiku systému CMOS, obviněný opakovaně sděluje, že systém CMOS je základním prostředkem pro pracovníky dohledu nad provozovanými systémy a pro podporu poskytování služeb řízení letového provozu. Nahrazení systému CMOS jiným SW řešením při maximální snaze obviněného odstranit stav „vendor lock-in“, zachovat hospodárnost, a především zajistit nepřetržitou funkčnost, bezpečnost a ochranu systému, by bylo

mimořádně časově i nákladově náročné, jelikož systém CMOS aktuálně slouží k monitorování desítek systémů (přibližně 500 různých zařízení) v rámci prostředí obviněného. Systém CMOS je též již certifikován Úřadem pro civilní letectví, což u případného nového systému nelze zaručit.

95. K bodu 2. výroku výše citovaného usnesení Úřadu obviněný uvedl, že systém AisView byl v roce 2008 vytvořen jako webová aplikace, kdy současně obviněný nepředpovídal jeho dlouhodobého provozování. Takovýto úmysl provozování webové aplikace, jak byl systém v roce 2008 vytvořen, dle obviněného jednak neplyne z žádného ustanovení uzavřené iniciační smlouvy ani z technického vymezení jeho předmětu, a rovněž jej není možné dovodit ani z kontextu uzavírání této smlouvy. Obviněný uvedl, že systém AisView byl vyvinut ve formě webového rozhraní, nicméně postupem času byl s rozvojem chytrých telefonů propojen s mobilní aplikací, aby byl dostupný všem pilotům civilních letounů, a z tohoto důvodu se zcela neočekávaně prodloužila životnost tohoto systému, kdy je tento systém využíván širokou veřejností, kterou obviněný nemohl v roce 2008 předvídat, neboť v té době chytré telefony v dnešní podobě neexistovaly. Mobilní aplikace, která je dostupná v chytrých telefonech, tak dle obviněného přenáší podstatné funkce základní mapy z webového portálu do nativního prostředí mobilního zařízení se zaměřením na potřeby pilota. K tomu obviněný dodává, že v roce 2008 nebylo možné predikovat, že uživatelská použitelnost webového rozhraní bude v důsledku rozvoje tzv. chytrých telefonů radikálně rozšířena i na operativní užití u osobních, příručních přístrojů, nošených jednotlivými uživateli (např. piloty soukromých osobních letadel a helikoptér) jednoduše „v kapse“, s on-line připojením, a tedy, že se tímto způsobem nepředvídatelně prodlouží použitelnost tohoto systému. V roce 2008 totiž dle obviněného nešlo vyloučit ani zcela odlišný vývoj, např. posílení funkce SMS komunikace či jiné komunikace zasílající jednotlivé zprávy, která by byla nesrovnatelná s nyní rozšířenou on-line komunikací přes webové rozhraní, a použitelnost systému AisView by pravděpodobně ukončila či minimálně výrazně omezila a zkrátila. Obviněný má za to, že nepredikovatelnost vývoje mobilní komunikace v roce 2008 je obecně známá a všeobecně platná skutečnost, která není unikátní pouze pro obviněného. Obviněný je tak přesvědčen, že z uvedeného důvodu musí být tato skutečnost Úřadu známa. Pokud Úřad svým dotazem směřuje k informaci, jakým způsobem byla tato nepredikovatelnost formálně zachycena ve sjednávané smluvní dokumentaci obviněného k systému AisView, pak obviněný upozorňuje na logickou skutečnost, že podobně „vizionářská“ ustanovení nebývají standardní součástí smluvních ujednání, proto jimi nejsou ani v tomto případě. Dle obviněného tak zcela přirozeně neexistuje žádné výslovné prohlášení či ustanovení jakožto konkrétní důkaz, že obviněný v roce 2008 pořizoval systém AisView bez toho, že by zamýšlel jeho dlouhodobé provozování a vývoj, který by (již tehdy) svazoval s předpokládaným budoucím vývojem elektronické komunikace.
96. Co se týká bodu 3. výroku výše citovaného usnesení Úřadu, obviněný opakovaně uvádí svoji předchozí argumentaci, že v době zadání veřejných zakázek Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS nebyl v pozici veřejného zadavatele, a tedy nejenže neměl povinnost, ale neměl ani důvod přizpůsobovat své obchodní smlouvy budoucí aplikaci práva veřejných zakázek. Obviněný trvá na tom, že z důvodu zcela objektivní změny okolností (změny právního postavení obviněného v důsledku změny legislativy) byl následně obviněný povinen při realizaci navazujících veřejných zakázek postupovat v souladu se zákonem, přičemž

z důvodu objektivně existující exkluzivity výhradních práv vybraných dodavatelů byla jedinou možností realizace jednacích řízení bez uveřejnění. Obviněný je proto přesvědčen, že ve světle jím výše citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně týkající se problematiky oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění se obviněný při zadání veřejných zakázek v roce 2017 k systémům TIS a CMOS nacházel ve čtvrtém typu využití jednacích řízení bez uveřejnění.

97. Ohledně bodu 4. výroku výše citovaného usnesení Úřadu obviněný uvedl, že trvá na tom, že v rámci předmětných jednacích řízení bez uveřejnění v roce 2017, vždy předmět plnění představoval jednorázové plnění, jehož potřeba byla do značné míry vyvolána změnou legislativy anebo nových technických požadavků na zajištění bezpečnosti v oblasti letectví, což vyplývá z jednotlivých investičních záměrů, které má Úřad k dispozici. Pokud je argumentace obviněného pro Úřad nedostačující, navrhl obviněný provedení důkazů, aby si Úřad v rámci součinnosti správních orgánů opatřil potřebná vyjádření anebo stanoviska Úřadu pro civilní letectví anebo EUROCONTROL. Postup Úřadu, který v rámci výše citovaného usnesení tento návrh na provedení důkazů odmítl s tím, že Úřad má povinnost opatřit si tyto důkazy pouze v situaci, kdy obviněný tyto důkazy objektivně nemůže předložit, považuje obviněný za rozporný s § 8 odst. 2 správního řádu, dle něhož správní orgány vzájemně spolupracují v zájmu dobré správy. Obviněný v této souvislosti odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 30/2008 ze dne 11. 9. 2008, v němž Nejvyšší správní soud dovedl, že výše citované ustanovení správního řádu není aplikovatelné pouze v horizontální rovině mezi vykonavateli veřejné správy navzájem, ale rovněž ve vertikálním vztahu mezi veřejnou správou a jejími uživateli, přičemž pokud principy dobré správy hovoří o nejvhodnějších prostředcích k vyřízení věci, mají se tím na mysli prostředky nejvhodnější pro uživatele veřejné správy, nikoliv pro správní orgán. K tomu obviněný dodává, že Úřad na rozdíl od obviněného disponuje širšími možnostmi při zaslání žádostí o vyjádření anebo vypracování stanovisek jinými správními orgány anebo jinými veřejnými subjekty, a proto obviněný trvá na svém návrhu na opatření důkazů ze strany Úřadu.
98. Nadto obviněný k investičnímu záměru veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 doplnil, že úprava daného systému označená jako „*Úpravy a doplnění základní mapy a náhledů mapy, vč. doplnění zobrazení pro piloty UAV*“ zahrnovala zavedení nových mapových vrstev (MRVA a AMA mapy) požadovaných leteckými školami, doplnění správy supplementů pro potřeby pilotů, doplnění meteo kamer požadovaných piloty a Českým hydrometeorologickým ústavem, novou mapu pro piloty dronů na základě požadavků Úřadu pro civilní letectví apod. Účelem je dle obviněného zvýšení provozní bezpečnosti. Obviněný dále uvedl, že v případě části plnění „*Technologie back-endu (administrace, správa konfigurace, datové rozhraní a webové služby)*“ vyplýval technologický vývoj a požadavky z legislativy, a to následovně: „*administrace (kybernetická bezpečnost), správa konfigurace (kybernetická bezpečnost), datové rozhraní (Nařízení Komise (EU) č. 73/2010), webové služby (Nařízení Komise (EU) č. 73/2010)*“. Ohledně části plnění „*Úprava obrazovky AMC a vylepšení funkcionality (konflikty ATS RTE / sektory / ATZ , činnosti)*“ obviněný konstatoval, že se jednalo o realizaci uživatelského požadavku pro vylepšení správy žádostí o vyhrazení vzdušného prostoru, kdy tato správa je prováděna Pracovištěm pro uspořádání vzdušného prostoru (AMC), které je tvořeno civilní a vojenskou částí, tedy rovněž zaměstnanci armády České republiky, přičemž jeho činnost je řízena zákonem č. 49/1997 Sb. a vyhláškou Ministerstva dopravy a spojů

č. 108/1997 Sb. Co se týče části plnění „*Mobilní aplikace AisView, vč. vrstvy pro piloty UAV*“, obviněný uvedl, že se jednalo o rozšíření systému do podoby mobilní aplikace, které přináší rozšíření počtu uživatelů systému, za účelem zlepšení provozní bezpečnosti. Tato úprava vznikla na základě dohody s Úřadem pro civilní letectví, aby rozšířila letecké informace mezi uživatele dronů. K části plnění „*Doplnění funkcionality pro příjem a zpracování podkladů, vč. zpracování NOTAMů dle specifikace EUROCONTROL-GUID-0155*“ obviněný dodal, že se jednalo o uživatelské požadavky třetích stran včetně legislativních změn, což zahrnuje implementaci na základě specifikace organizace EUROCONTROL, která vychází z Nařízení Komise (EU) č. 73/2010 ze dne 26. 1. 2010, kterým se stanoví požadavky na jakost leteckých dat a leteckých informací pro jednotné evropské nebe.

99. K investičnímu záměru veřejné zakázky Release TIS 2017 obviněný dále sdělil, že potřeba realizace daného jednacního řízení bez uveřejnění vyvstala z důvodů zahrnujících i legislativní změny, a to jednak vyhlášku č. 316/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, v návaznosti na kterou byl realizován modul pro evidenci bezpečnostních incidentů, a dále změny plynoucí ze změny směrnice Úřadu pro civilní letectví č. CAA/S-SLS-016-2/2012, v důsledku nichž byl doplněn modul pro podporu administrace uvádění ATM systému do provozu.
100. Nad rámec investičního záměru k veřejné zakázce Úprava HMI systému CMOS obviněný dále doplnil, že potřeba realizace jednacního řízení bez uveřejnění vyvstala z důvodů realizace bezpečnostních opatření. Konkrétně byla dle obviněného změna vyvolána obecným bezpečnostním požadavkem (cyber security) provozovat systém CMOS na aktuální, výrobcem (třetí stranou) podporované, SW platformě a na aktuálním HW, pro který existuje servis, resp. na trhu náhrada (monitory v rozlišení 16:10 pro provoz 24/7). Obviněný připomenul, že systém CMOS aktuálně slouží k monitorování desítek systémů (přibližně 500 různých zařízení) v rámci prostředí obviněného a je též již certifikován Úřadem pro civilní letectví, což u případného nového systému nelze zaručit.
101. K bodu 5. výroku výše citovaného usnesení Úřadu obviněný opakovaně uvedl, že pokud dotazy Úřadu směřují k okolnostem uzavírání jiných navazujících smluv k původním iniciačním smlouvám, jsou tyto dotazy irelevantní, neboť směřují mimo předmět přezkumu. Obviněný trvá na tom, že v souladu s rozhodovací praxí správních soudů je jeho zaviněný postup při vytvoření stavu exkluzivity třeba ze strany Úřadu v rámci předmětného správního řízení prokázat, což Úřad dosud neučinil.
102. Závěrem obviněný uvedl, že s ohledem na výše uvedené skutečnosti je přesvědčen, že jeho postup při zadávání předmětných veřejných zakázek v jednacích řízeních bez uveřejnění byl zcela v souladu se zákonem, pročež obviněný žádá, aby Úřad vedené řízení o přestupcích v celém rozsahu zastavil, neboť skutky, o nichž se řízení vede, se nestaly nebo se nejedná o přestupky.

Další průběh společného řízení o přestupcích

103. Usnesením č. j. ÚOHS-01605/2020/541/PDz ze dne 16. 1. 2020 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve stanovené lhůtě Úřad od obviněného žádné další vyjádření neobdržel.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

104. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace související s veřejnými zakázkami AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS, vyjádření předložených obviněným, na základě vlastního zjištění a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 opětovně konstatuje, že obviněný se dopustil přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že pro zadání veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. c) zákona, když použil pro zadání těchto veřejných zakázek jednací řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť v daném případě obviněný zadal předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraných dodavatelů Foxtrot Technologies a ELVAC SOLUTIONS zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavírání smluv týkajících se předmětů plnění předmětných veřejných zakázek (v případě veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 uzavřením „Smlouvy o dílo č. 133/126/08“ ze dne 19. 9. 2008 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, v případě veřejné zakázky Release TIS 2017 uzavřením „Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05“ ze dne 5. 12. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému a v případě veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS uzavřením „Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05“ ze dne 24. 11. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému), přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal veřejnou zakázku AisView 3 – Release 2017 na základě uzavření „Smlouvy o dílo č. 321/2017/IS/123“ ze dne 9. 11. 2017 s vybraným dodavatelem Foxtrot Technologies, veřejnou zakázku Release TIS 2017 na základě uzavření „Smlouvy o dílo č. 084/2017/IS/113“ ze dne 19. 4. 2017 s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS a veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS na základě uzavření „Smlouvy o dílo č. 174/2016/IS/113“ ze dne 18. 1. 2017 s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS.
105. Úřad pro úplnost uvádí, že výrokem IV. prvostupňového rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019 bylo konstatováno spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným tím, že pro zadání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. b) zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel – Nowatron Elektronik, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku, a to na základě uzavření „Kupní smlouvy č. 499/2016/IS/113“ ze dne 16. 3. 2017 s vybraným dodavatelem Nowatron Elektronik. Jelikož byl citovaný výrok IV. prvostupňového rozhodnutí Úřadu potvrzen rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, a nabyl právní moci téhož dne,

Úřad se v rámci odůvodnění tohoto rozhodnutí zabývá již pouze částí věci týkající se postupu obviněného při zadání veřejných zakázek AisView 3 – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, a nikoliv postupem obviněného při zadávání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

106. Podle § 3 zákona upravuje tento zákon tyto druhy zadávacích řízení:
- a) zjednodušené podlimitní řízení,
 - b) otevřené řízení,
 - c) užší řízení,
 - d) jednacím řízení s uveřejněním,
 - e) jednacím řízení bez uveřejnění,
 - f) řízení se soutěžním dialogem,
 - g) řízení o inovačním partnerství,
 - h) koncesní řízení, nebo
 - i) řízení pro zadání veřejné zakázky ve zjednodušeném režimu.
107. Podle § 63 odst. 3 zákona platí, že zadavatel může použít jednacím řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť
- a) předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon,
 - b) z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo
 - c) je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.
108. Podle § 63 odst. 4 zákona platí, že podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) citovaného ustanovení zákona jsou splněny v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.
109. 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.
110. Podle § 2 odst. 2 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“) se za dílo považuje též počítačový program, fotografie a výtvar vyjádřený postupem podobným fotografii, které jsou původní v tom smyslu, že jsou autorovým vlastním duševním výtvozem. Databáze, která je způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu autorovým vlastním duševním výtvozem a jejíž součástí jsou systematicky nebo metodicky uspořádány a jednotlivě zpřístupněny elektronicky či jiným

způsobem, je dílem souborným. Jiná kritéria pro stanovení způsobilosti počítačového programu a databáze k ochraně se neuplatňují.

111. Podle § 12 odst. 1 autorského zákona má autor právo své dílo užít v původní nebo jiným zpracované či jinak změněné podobě, samostatně nebo v souboru anebo ve spojení s jiným dílem či prvky a udělit jiné osobě smlouvou oprávnění k výkonu tohoto práva; jiná osoba může dílo užít bez udělení takového oprávnění pouze v případech stanovených tímto zákonem.
112. Podle § 3 zákona o kybernetické bezpečnosti jsou orgány a osobami, kterým se ukládají povinnosti v oblasti kybernetické bezpečnosti:
- a) poskytovatel služby elektronických komunikací a subjekt zajišťující síť elektronických komunikací, pokud není orgánem nebo osobou podle písmene b) citovaného ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti,
 - b) orgán nebo osoba zajišťující významnou síť, pokud nejsou správcem nebo provozovatelem komunikačního systému podle písmene d) citovaného ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti,
 - c) správce a provozovatel informačního systému kritické informační infrastruktury,
 - d) správce a provozovatel komunikačního systému kritické informační infrastruktury,
 - e) správce a provozovatel významného informačního systému,
 - f) správce a provozovatel informačního systému základní služby, pokud nejsou správcem nebo provozovatelem podle písmene c) nebo d) citovaného ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti,
 - g) provozovatel základní služby, pokud není správcem nebo provozovatelem podle písmene f) citovaného ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti, a
 - h) poskytovatel digitální služby.
113. Podle § 4 odst. 1 zákona o kybernetické bezpečnosti se bezpečnostním opatřením rozumí souhrn úkonů, jejichž cílem je zajištění bezpečnosti informací v informačních systémech a dostupnosti a spolehlivosti služeb a sítí elektronických komunikací v kybernetickém prostoru.
114. Podle § 4 odst. 2 zákona o kybernetické bezpečnosti jsou orgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) zákona o kybernetické bezpečnosti povinny zavést a provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti informačního systému kritické informační infrastruktury, komunikačního systému kritické informační infrastruktury, informačního systému základní služby a významného informačního systému a vést o nich bezpečnostní dokumentaci.
115. Podle § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti jsou orgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) zákona o kybernetické bezpečnosti povinny zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření při výběru dodavatele pro jejich informační nebo komunikační systém a tyto požadavky zahrnout do smlouvy, kterou s dodavatelem uzavřou. Zohlednění požadavků vyplývajících z bezpečnostních opatření podle věty první v míře nezbytné pro

splnění povinností podle tohoto zákona nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži.

Obecně k oprávněnosti použití jednacého řízení bez uveřejnění

116. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že jednacím řízení bez uveřejnění je takový druh zadávacího řízení, který svou povahou představuje výjimečný postup zadavatele, jež je zadavatel oprávněn užit pouze za předpokladu, že naplní zákonem taxativně vymezené podmínky. Výjimečnost jednacím řízení bez uveřejnění tkví především ve skutečnosti, že tento druh zadávacího řízení nevyžaduje, resp. neplatí pro něj zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potenciálních dodavatelů. Zadavatel v případě užití tohoto druhu zadávacího řízení naopak oslovuje pouze předem určené subjekty. Z povahy věci tak de facto dochází k limitaci široké hospodářské soutěže, avšak jedná se o takové omezení hospodářské soutěže, které je zákonem předvídané. Vzhledem k tomu, že důvody pro možnost užití jednacím řízení bez uveřejnění jsou v zákoně uvedeny taxativně, je nutno konstatovat, že výčet důvodů pro užití tohoto druhu zadávacího řízení je úplný a z jiných, než v daném ustanovení stanovených, důvodů nemůže zadavatel tento druh zadávacího řízení legitimně a legálně využít.
117. Jednacím řízení bez uveřejnění je tedy druhem zadávacího řízení vykazujícím nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, neboť v jednacím řízení bez uveřejnění jsou sice veřejné zakázky zadávány v zákonném režimu, avšak vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž fakticky zcela vyloučena; vyloučen je tak ten aspekt zadávacího řízení, který má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným. Tato skutečnost je především patrná z toho, že zadavatele nestíhají povinnosti spočívající v provádění výběru mezi neomezeným počtem potenciálních dodavatelů, nýbrž zadavatel de facto zahajuje soukromoprávní kontraktní proces s jedním dodavatelem (pouze výjimečně pak s více dodavateli). Jak vyplývá z rozhodovací praxe Úřadu, jakož i judikatury správních soudů a Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“), právní úpravu jednacím řízení bez uveřejnění nelze z důvodu jeho výjimečnosti vykládat jinak než restriktivně. Platí rovněž, že je to zadavatel, kdo nese důkazní břemeno ohledně splnění podmínek pro jeho použití.
118. V případě, že zadavatel využije jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 63 odst. 3 zákona, musí být vždy schopen prokázat, že objektivně došlo k naplnění v tomto ustanovení uvedených podmínek. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem podle § 63 odst. 3 zákona, 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, které vedly k aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. V této souvislosti odkazuje Úřad na rozhodovací praxi SDEU, např. rozhodnutí C – 385/02 – Komise vs. Itálie – ze dne 14. 9. 2004, ve kterém SDEU konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává, tedy zadavatel. Stejně závěry opakovaně uvádí i rozhodovací praxe tuzemských soudů, viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze

dne 11. 1. 2013, v němž bylo dovozeno, že jednací řízení bez uveřejnění lze použít pouze výjimečně, pokud „*uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku,*“ přičemž „*důkazní břemeno ohledně naplnění zákonných podmínek nese zadavatel.*“ Obdobné závěry o nesení důkazního břemene vyslovil rovněž Nejvyšší správní soud např. v rozsudku č. j. 8 As 149/2014-68 ze dne 31. 8. 2015.

119. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Dále platí, že i když jsou naplněny taxativně stanovené podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, je zadavatel oprávněn, nikoli však povinen, této procesní možnosti využít. Záleží tedy pouze na jeho uvážení, zda určitou veřejnou zakázku zadá formou jednacího řízení bez uveřejnění či v některém z jiných druhů zadávacích řízení.
120. Úřad pro úplnost dodává, že citované rozsudky byly Nejvyšším správním soudem, případně Krajským soudem v Brně, vydány za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), avšak jeho závěry jsou aplikovatelné i za účinnosti zákona, což platí paušálně o veškeré judikatuře, kterou je v tomto rozhodnutí argumentováno.

Jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona

121. K jednacímu řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona Úřad uvádí, že tento druh zadávacího řízení lze v případě, kdy je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví, využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, když tato neexistence stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti zadavatele (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv).
122. Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) posoudit potřebu budoucích (navazujících) plnění a v případě existence takové potřeby uzavřít takovou smlouvu, která nezaloží stav exkluzivity jedinému dodavateli a umožní realizovat tato předpokládaná navazující plnění bez využití jednacího řízení bez uveřejnění, např. tedy umožní plnění zadat v otevřenějších typech zadávacích řízení. V opačném případě by totiž zadavatel byl s budoucím užitím jednacího řízení bez uveřejnění srozuměn, resp. by pro něj zaviněně vytvořil podmínky (a takové jednací řízení bez uveřejnění by pak bylo logicky nezákonné).
123. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 42/2012-53 ze dne 11. 1. 2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele neehospodárné (přičemž až následně vyplyne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem (úmyslně) zaviněný. Právě v citovaném rozsudku Nejvyšší správní soud uvedl, že „*[j]ednací řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by*

se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“ Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, „*zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný,*“ a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013-131 ze dne 15. 10. 2015, podle kterého „*citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného ‚zavinění‘ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek.*“

124. Pro „dokreslení“ shora uvedeného, resp. restriktivního charakteru využitelnosti jednacího řízení bez uveřejnění, je v dalším možno odkázat i na odstavec 50 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES, s účinností ke dni 18. 4. 2016, ve kterém se uvádí, že „*[s] ohledem na škodlivé účinky na hospodářskou soutěž by jednací řízení bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení mělo být používáno pouze ve zcela výjimečných případech. Tato výjimka by měla být omezena na případy, kdy buď uveřejnění není možné z mimořádně naléhavých důvodů, které veřejný zadavatel nemohl předvídat a které mu nelze přičítat, nebo pokud je od začátku jasné, že by uveřejnění nepřineslo větší hospodářskou soutěž nebo lepší výsledky zadávání veřejných zakázek, především v případech, kdy objektivně existuje pouze jeden hospodářský subjekt, který může veřejnou zakázku provést. To je případ uměleckých děl, u nichž totožnost umělce ze své podstaty určuje jedinečný charakter a hodnotu samotného uměleckého předmětu. Výjimečnost může vyplývat i z jiných skutečností, avšak k použití jednacího řízení bez uveřejnění může opravňovat jen situace objektivní výlučnosti, pokud situaci výlučnosti nevytvořil sám veřejný zadavatel s ohledem na budoucí zadávací řízení.*“
125. K uvedenému Úřad dodává, že i z výše citované směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. 2. 2014 tedy vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění by mělo být pouze výjimečným způsobem zadávání veřejných zakázek, a to tehdy, kdy zadavatel skutečně není z objektivních důvodů schopen zajistit požadované plnění jinak, než prostřednictvím vybraného dodavatele, přičemž v žádném případě by nemělo docházet k nadužívání tohoto zadávacího řízení.
126. S ohledem na výše uvedené je tedy zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona lze v případě důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada a dále jestliže neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky, tedy pokud se zadavatel svým vlastním jednáním nedostal do takové situace, kdy musel veřejnou zakázku zadat konkrétnímu dodavateli, protože si svým předchozím jednáním vytvořil podmínky, které umožňovaly zadání zakázky pouze konkrétnímu dodavateli.

K výroku I. tohoto rozhodnutí (veřejná zakázka AISView 3 – Release 2017)

127. Úřad na tomto místě předesílá, že z důvodu přehlednosti a náležitého vypořádání všech skutečností, k jejichž posouzení byl povinován rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, přistoupil Úřad oproti předchozímu prvostupňovému rozhodnutí k oddělenému odůvodnění jednotlivých výroků I. až III. tohoto rozhodnutí.

Skutečnosti předcházející zadání veřejné zakázky AISView 3 – Release 2017

128. Z obdržené dokumentace i z vyjádření obviněného k žádosti Úřadu o sdělení informací a zaslání dokumentů ze dne 5. 6. 2018 vyplývá, že k softwarovému produktu AISView byly během let 2008 až 2017 uzavřeny mezi obviněným a vybraným dodavatelem Foxtrot Technologies následující smlouvy o dílo:

- a) Smlouva o dílo č. 133/126/08 ze dne 19. 9. 2008 (dále jen „původní smlouva o dílo AISView 3“),
- b) Smlouva o dílo č. 003/123/10 ze dne 12. 2. 2010,
- c) Smlouva o dílo č. 120/123/11 ze dne 2. 11. 2011,
- d) Smlouva o dílo č. 138/123/12 ze dne 28. 12. 2012,
- e) Smlouva o dílo č. 161/2014/123 ze dne 4. 8. 2014,
- f) Smlouva o dílo č. 200/2015/IS/123 ze dne 14. 8. 2015,
- g) Smlouva o dílo č. 268/2016/IS/123 ze dne 25. 10. 2016,
- h) Smlouva o dílo č. 321/2017/IS/123 ze dne 9. 11. 2017 (dále jen „smlouva o dílo AISView 3 – Release 2017“).

129. Podle čl. 1.1 původní smlouvy o dílo AISView 3 je předmětem této smlouvy provedení SW řešení pro vizualizaci zpráv NOTAM a AUP/UUP. V čl. 9.3. původní smlouvy o dílo AISView 3 je pak uvedeno, že *„[z]hotovitel dále prohlašuje a odpovídá objednateli za to, že je subjektem oprávněným k poskytnutí licence k dílu provedenému podle této smlouvy. Zhotovitel poskytuje tímto objednateli nevýhradní licenci, tj. oprávnění k výkonu práva užívat provedené dílo v rozsahu dle licenčních podmínek, které jsou součástí této smlouvy jako příloha č. 3.“*

130. Z přílohy č. 3 „Licenční podmínky užívání aplikace Vizualizace NOTAMů a AUP/UUP“ původní smlouvy o dílo AISView 3 vyplývá, že *„[s]ystém je vnímán a licencován jako celek bez dělení na části či moduly. ŘLP získává oprávnění provozovat a spravovat systém v jeho plném rozsahu s daty LKAA na svém prostředí pro piloty a další personál, který potřebuje informace o situaci ve vzdušném prostoru České republiky. Po vzájemné dohodě je ŘLP oprávněno provádět zásahy do zdrojových kódů systému. V případě zániku společnosti Foxtrot či odstoupení od smlouvy je ŘLP oprávněno systém nadále provozovat a rozvíjet, a to samostatně nebo, pokud budou existovat, se zbývajícími partnery projektu. V takovém případě budou ŘLP a partnerům předány veškeré zdrojové kódy. (...) ŘLP není oprávněno systém prodat či postoupit svá práva další osobě ani zpoplatnit přístup do jeho základní části v zóně WWW definované jako zobrazování NOTAM, AUP a UUP informací na mapě ČR.“*

Skutečnosti týkající se zadání veřejné zakázky AISView 3 – Release 2017

131. Z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou AISView 3 – Release 2017 vyplývá, že v bodě 2. „Druh veřejné zakázky“ výzvy AISView 3 – Release 2017 zadavatel uvedl, že veřejná zakázka AISView 3 – Release 2017 je klasifikována jako podlimitní veřejná zakázka na služby, přičemž se jedná o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacního řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť z důvodu ochrany výhradních práv může být daná veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem, a to vybraným dodavatelem Foxtrot Technologies.
132. Z bodu 3. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy AISView 3 – Release 2017 vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky AISView 3 – Release 2017 byla služba v podobě softwarové úpravy (upgrade) systému AISView 3.
133. Z čl. II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 13.11.2017 vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky AISView 3 – Release 2017 byla zadavatelem stanovena ve výši 5 000 000,- Kč bez DPH.
134. Z poskytnuté dokumentace vyplývá, že obviněný uzavřel dne 9. 11. 2017 s vybraným dodavatelem Foxtrot Technologies smlouvu o dílo AISView 3 – Release 2017 na předmět plnění veřejné zakázky AISView 3 – Release 2017, ze které vyplývá, že obviněný poptával od vybraného dodavatele Foxtrot Technologies „vytvoření díla s názvem „AISView 3 – Release 2017“, jehož předmětem je upgrade systému AISView 3 (dále jen „systém“), přičemž předmětem této smlouvy byl závazek vybraného dodavatele „vytvořit pro objednatel dílo spočívající v úpravách a rozšíření funkčnosti systému“, a celková konečná hodnota této zakázky činila 5 098 674 Kč bez DPH.
135. V čl. 4.1 části 4. „Autorská práva“ smlouvy o dílo AISView 3 – Release 2017 je uvedeno, že *„[z]hotovitel touto smlouvou poskytuje objednateli oprávnění k výkonu práva užití SW systému (dále jen ‚licence‘), a to v rozsahu a za podmínek touto smlouvou stanovených. Licence se poskytuje jako nevýhradní, k jakémukoliv účelu, v neomezeném množství a územním rozsahu, na celou dobu trvání majetkových práv autorských.“*
136. V čl. 4.2 smlouvy o dílo AISView 3 – Release 2017 se dále uvádí, že *„[p]ro vyloučení pochybností strany prohlašují, že veškerá data, konfigurace, uživatelská nastavení či šablony pořízené pomocí díla nebo v něm obsažené jsou předmětem majetkových práv autorských objednatel a zhotovitel je pouze oprávněn je užit v rámci poskytování plnění dle této smlouvy, a to na základě výslovného pokynu objednatel.“*
137. Dle čl. 4.3 výše uvedené smlouvy o dílo AISView 3 – Release 2017 *„[p]ro případ opakovaného neplnění smlouvy zhotovitelem, ukončení vývoje systému ze strany zhotovitele, odmítnutí nebo neschopnosti uzavřít ze strany zhotovitele smlouvu na další rozvoj systému, zániku zhotovitele, úpadku zhotovitele nebo při jeho likvidaci uděluje zhotovitel souhlas k jakékoli změně nebo jinému zásahu do systému, a to i za pomoci třetích osob, a právo systém a dílo užit, a to pro splnění účelů, za jakých byl systém a dílo vytvořeny, a to na základě zdrojových kódů, které budou na základě odst. 4.4 této smlouvy objednateli předány.“*
138. V čl. 4.4 smlouvy o dílo AISView 3 – Release 2017 je dále uvedeno, že *„[v] případě zániku/úpadku/likvidace zhotovitele nebo odstoupení od smlouvy a dalších případů*

uvedených výše, předá zhotovitel objednateli všechny zdrojové kódy aktuální verze systému. Získá-li objednatel v souladu s tímto odstavcem přístup ke zdrojovým kódům systému, získává zároveň také oprávnění zasahovat do systému, měnit jej či spojovat s jinými autorskými díly, a to jak sám, tak i prostřednictvím třetích osob.“

139. V Písemné zprávě zadavatele k veřejné zakázce AisView 3 – Release 2017 ze dne 9. 11. 2017 je uvedeno, že *„[t]ato veřejná zakázka může být splněna z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem, a to společností Foxtrot (...). Realizace je vázána na dostupnost a úpravu zdrojových kódů, které je však zadavatel oprávněn použít pouze za podmínek předvídaných dříve uzavřenými smlouvami o dílo s výše uvedeným dodavatelem. Tyto podmínky však nejsou naplněny.“*
140. V Investičním záměru na veřejnou zakázku AisView 3 – Release 2017 ze dne 1. 9. 2017 (dále jen „Investiční záměr AisView 3 – Release 2017“) se v části „Zdůvodnění výběru dodavatele“ uvádí, že *„[d]le § 63 odst. 3 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚ZZVZ‘), zadavatel může použít jednací řízení bez uveřejnění (dále jen ‚JŘBU‘), pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně duševního vlastnictví. Předmětem veřejně zakázky jsou úpravy a rozšíření funkcionalit systému AisView 3. Systém AisView 3 byl vytvořen na základě smlouvy o dílo dodavatelem Foxtrot (...) uzavřené již v roce 2008 a je považován za autorské dílo požívající ochrany dle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚autorský zákon‘). Dodavatel je tak držitelem autorských práv k předmětnému systému.“*
141. Zadavatel v citovaném investičním závěru dále uvedl, že *„nemá oprávnění jakkoli zasahovat do systému AisView 3 a tento upravovat, neboť je autorským dílem dodavatele Foxtrot Technologies, s.r.o. Pro realizaci veřejné zakázky spočívající v úpravách a rozšíření funkcionalit systému AisView 3 je zásah do tohoto systému nutný. (...) Dodavateli Foxtrot Technologies s.r.o. svědčí autorská práva k systému AisView 3, přičemž ŘLP ČR, s.p. nemá oprávnění do systému jakkoli zasahovat, upravovat jej či rozšiřovat.“*
142. Z čl. 3 „Odůvodnění předkládaného řešení“ Studie proveditelnosti pro IA: AisView 3 – Release 2017 ze dne 24. 7. 2017 (dále jen „studie proveditelnosti AisView 3 – Release 2017“) vyplývá, že *„[č]ást požadavků jsou plánované úpravy a rozšíření funkcionality podchycené ve Střednědobém plánu nebo na základě rozvoje informačních technologií (technologie back-endu, webové technologie). Součástí release je také další fáze postupné implementace (pre)digitálních NOTAMů na základě požadavků EUROCONTROL.“*

Právní posouzení

143. Úřad nejprve uvádí, že rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 byl povinován k tomu, aby se při novém projednání části věci podrobněji zabýval otázkou zavinění vzniku stavu exkluzivity (podobou původních smluv, účelem pořízení informačních systémů, zadáváním navazujících plnění k původním smlouvám, tvrzením obviněného, že do 1. 5. 2004 neměl postavení veřejného zadavatele) a posouzením předmětů šetřených veřejných zakázek s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti (zda jsou šetřené informační systémy prvky kritické infrastruktury, zda obviněnému ze zákona o kybernetické bezpečnosti plyne nějaká povinnost, jejíž splnění není

možné bez omezení či vyloučení hospodářské soutěže, případně zda byl daný postup obviněného přiměřený a nebylo možné zajistit splnění uvedených povinností prostřednictvím mírnějšího omezení hospodářské soutěže než použitím jednacního řízení bez uveřejnění). Úřad se proto v tomto rozhodnutí zaměřil mimo jiné na posouzení výše uvedených skutečností, přičemž jednotlivé nastíněné otázky řeší Úřad níže v rámci příslušných pasáží odůvodnění souvisejících s danou tematikou.

144. V šetřeném případě zadal obviněný veřejnou zakázku AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, které je podle tohoto ustanovení zákona zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna, pokud je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv duševního vlastnictví, pouze určitým dodavatelem.
145. Úřad uvádí, že z dokumentace předložené obviněným, konkrétně z výzvy AisView 3 – Release 2017, vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 byla služba v podobě softwarové úpravy (upgrade) systému AisView 3.
146. Jak již Úřad konstatoval v obecné části odůvodnění týkající se použití jednacního řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky, pro posouzení souladu postupu obviněného se zákonem je třeba nejprve posoudit, zda byly v šetřené veřejné zakázce AisView 3 – Release 2017 naplněny podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, a to jak podmínky formální, tj. zda byly dány objektivní autorskoprávní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, tak podmínky materiální, tj. zda obviněný stav exkluzivity vybraného dodavatele Foxtrot Technologies sám nezapříčinil, například v důsledku svého předchozího postupu při uzavírání smluv na plnění, na které šetřená veřejná zakázka navazuje či je rozvíjí.

K posouzení splnění formálních podmínek jednacního řízení bez uveřejnění

147. K otázce splnění formální podmínky použití jednacního řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 Úřad konstatuje, že původní řešení AisView – vizualizace NOTAMů a AUP/UUP bylo vytvořeno na základě původní smlouvy o dílo AisView 3 ze dne 19. 9. 2008. V čl. 9.3. této původní smlouvy o dílo je pak uvedeno, že „[z]hotovitel poskytuje tímto objednateli nevýhradní licenci, tj. oprávnění k výkonu práva užívat provedené dílo v rozsahu dle licenčních podmínek, které jsou součástí této smlouvy jako příloha č. 3.“ Zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 předcházel Investiční záměr AisView 3 – Release 2017, kde obviněný uvedl, že systém AisView 3 byl vytvořen na základě původní smlouvy o dílo AisView 3 vybraným dodavatelem Foxtrot Technologies uzavřené v roce 2008 a je považován za autorské dílo požívající ochrany dle autorského zákona, vybraný dodavatel Foxtrot Technologies je tak držitelem autorských práv k systému AisView 3. Z výše uvedeného vyplývá, že obviněnému byla poskytnuta pouze licence k programu AisView 3, která sice obviněnému umožňuje tento program používat, avšak nikoliv ho měnit, modifikovat či rozvíjet. Obviněný ani nedisponuje zdrojovými kódy tohoto programu, kterých by k takové změně bylo zapotřebí.
148. Z uvedeného je podle Úřadu zřejmé, že formální podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění byly v šetřeném případě splněny, neboť obviněný původní smlouvou o dílo AisView 3 ze dne 19. 9. 2008 získal pouze licence podle autorského zákona k informačnímu systému, které mu neumožňovaly vývoj, modifikaci a změny tohoto systému bez udělení souhlasu ze strany vybraného dodavatele Foxtrot Technologies. Tento souhlas však nebyl

obviněnému poskytnut, a současně není z dalšího vývoje jednotlivých smluvních vztahů na základě předchozích smluv k jednotlivým zakázkám zřejmé, že by došlo ke změně skutkových okolností, resp. že by v průběhu doby byla obviněnému poskytnuta neomezená licence včetně např. zdrojových kódů, která by umožnila navazující veřejné zakázky zadávat v „otevřenějších“ druzích zadávacího řízení, proto Úřad k tomuto uzavírá, že formální podmínka pro použití jednacích řízení bez uveřejnění při zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 byla ze strany obviněného splněna, neboť v daném případě prokazatelně vybraný dodavatel Foxtrot Technologies disponoval výhradními právy k předmětnému systému, která neumožňovala zadání dané veřejné zakázky v zadávacím řízení při zachování hospodářské soutěže mezi dodavateli.

K posouzení splnění materiálních podmínek jednacích řízení bez uveřejnění

149. Po posouzení splnění formálních podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění při zadávání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 obviněným přikročil Úřad k posouzení, zda obviněný splnil také materiální podmínku jednacích řízení bez uveřejnění při zadávání této veřejné zakázky, k čemuž uvádí následující.
150. Ve vztahu k otázce materiálního naplnění podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění Úřad předně odkazuje na aktuální konstantní rozhodovací praxi Krajského soudu v Brně¹ týkající se oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění, v rámci níž krajský soud opakovaně konstatoval, že se v praxi mohou objevovat tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění nebývají materiálně naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění. Konkrétně k tomu výše citovaná judikatura uvádí následující: *„O první typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky poruší ZVZ, resp. ZZVZ, v důsledku čehož není možné zadávat navazující veřejnou zakázku v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení, nýbrž toliko prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění; jde tedy o situaci, kdy nutnost použití jednacích řízení bez uveřejnění je vyvolána předchozím porušením ZVZ (ZZVZ) při zadávání předchozí veřejné zakázky. O druhou typovou situaci jde tehdy, pokud zadavatel stav exkluzivity sám s úmyslem vytvořit podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění vědomě způsobil; jde tedy o situaci, kdy zadavatel si podmínky pro navazující zadávání s využitím výlučně jednacích řízení bez uveřejnění vytvořil právě proto, aby navazující veřejné zakázky mohl zadávat konkrétnímu dodavateli. Není v tomto případě nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona. Třetí typová situace je dána tehdy, pokud zadavatel, ačkoli s ohledem na konkrétní okolnosti v době zadávání původní veřejné zakázky musel rozumně předpokládat, že v budoucnu vznikne potřeba zadání navazujících veřejných zakázek, při zadávání původní veřejné zakázky akceptuje licenční či jiná smluvní ujednání, která de facto vylučují, aby navazující veřejná zakázka mohla být splněna jiným než v této původní veřejné zakázce vybraným dodavatelem, čímž znemožní zadávání navazujících veřejných zakázek v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení a naopak podmíní zadávání navazujících veřejných zakázek v jednacím*

¹ viz např. rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 27/2018-119 ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 30/2018-101 ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 35/2018-235 ze dne 17. 10. 2019, č. j. 62 Af 13/2018-74 ze dne 10. 10. 2019, č. j. 62 Af 15/2018-217 ze dne 4. 10. 2019, č. j. 62 Af 20/2018-126 ze dne 4. 10. 2019, č. j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019 a č. j. 62 Af 34/2018-223 ze dne 23. 10. 2019

řízení bez uveřejnění s odkazem na ochranu práv duševního vlastnictví či technických důvodů. Ani v tomto případě není nezbytné, aby o postupu zadavatele v zadávacím řízení na původní veřejnou zakázku bylo žalovaným rozhodnuto coby o porušení zákona.“

151. Dle jmenovaného soudu je však zapotřebí od výše popsané třetí typové situace odlišit takovou situaci, kdy „zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky, s ohledem na skutkové okolnosti předcházející a provázející její zadávání, budoucí potřebu zadávat navazující veřejné zakázky předvídat skutečně objektivně nemůže, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností je následně nucen navazující veřejnou zakázku zadat. Jak k tomu uvádí Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012-54, „...[p]okud v průběhu životnosti softwaru nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), tak může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacím řízení bez upozornění (nepochybně je tím podle zdejšího soudu myšleno „bez uveřejnění“) fakticky znamenalo zákonem stanovenou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software...‘. Jestliže by nebylo možno odlišit naposledy uvedenou typovou situaci od třetí ze shora uvedených, reálně by to mohlo vyvolat praktickou neaplikovatelnost § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, resp. § 63 odst. 3 písm. b) a c) ZZVZ; jednacím řízení bez uveřejnění podle těchto ustanovení by se tak mohlo stát reálně vyprázdněnou kategorií, jež by existovala pouze v textu zákona. Podle zdejšího soudu není žádného principiálního důvodu v praxi plošně eliminovat zákonem předvídanou možnost zadávat veřejné zakázky, které mohou být z důvodu ochrany výhradních práv či technických důvodů splněny pouze jediným dodavatelem, prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění – v těchto případech je omezení hospodářské soutěže akceptovatelné, a to právě kodifikací možnosti použít jednacím řízení bez uveřejnění ve specifických situacích.“ Z výše citované pasáže judikatury krajského soudu tak vyplývá, že při posuzování naplnění materiální stránky oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění je zapotřebí zkoumat, zda zadavatel při zadávání původní veřejné zakázky, na základě které došlo ke vzniku stavu exkluzivity vybraného dodavatele, mohl předvídat budoucí potřebu zadávání navazujících veřejných zakázek, či zda až následně v průběhu životnosti předmětného softwaru nastala objektivně nepředvídatelná změna (např. v podobě legislativních změn, nových závazných požadavků třetích osob, apod.), v důsledku které byl zadavatel nucen zadat navazující plnění v jednacím řízení bez uveřejnění. Pokud by tedy důvodem zadání přezkoumávané veřejné zakázky byl vznik zadavatelem objektivně nepředvídatelné změny nastalý až v době po založení stavu exkluzivity, musel by Úřad v takovém případě s ohledem na závěry citované judikatury dojít k závěru, že se zadavatel nacházel ve čtvrté typové situaci a použití jednacím řízení bez uveřejnění zadavatelem by tak bylo oprávněné. V návaznosti na výše uvedené se tak Úřad dále zabýval posouzením, zda se obviněný v případě zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění nacházel ve třetí nebo čtvrté typové situaci popsané výše citovanou judikaturou, k čemuž Úřad uvádí následující.
152. Jak bylo konstatováno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, obviněný zapříčinil stav exkluzivity vybraného dodavatele Foxtrot Technologies při uzavírání smluv souvisejících s předmětem plnění výše specifikované veřejné zakázky, konkrétně tento stav vznikl uzavřením původní smlouvy o dílo AisView 3 ze dne 19. 9. 2008 a posléze byl udržován uzavíráním následných smluv (viz bod 128. odůvodnění tohoto rozhodnutí), k čemuž se Úřad podrobněji vyjadřuje

níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Jelikož obviněný v rámci jím podaného rozkladu ze dne 2. 7. 2019 uvedl, že potřeba zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění v roce 2017 byla vyvolána objektivně nepředvídatelnými okolnostmi, konkrétně uvedl, že citovaná veřejná zakázka byla zadávána mimo jiné na základě požadavků EUROCONTROL na postupné zavádění digitálních NOTAMů, Úřad obviněného vyzval nejprve usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 a následně opakovaně usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 k prokázání výše uvedených jím tvrzených skutečností. Obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 4. 12. 2019 nejprve uvedl, že předmět plnění citované veřejné zakázky představoval jednorázové plnění, jehož potřeba vznikla na základě závazných požadavků třetích stran, které ke dni uzavření původní smlouvy nemohl předvídat, což dle obviněného vyplývá z investičního záměru citované veřejné zakázky. Obviněný dále uvedl, že pokud je tato argumentace obviněného pro Úřad nedostačující, navrhuje obviněný provedení důkazu, aby si Úřad v rámci součinnosti správních orgánů opatřil potřebné vyjádření anebo stanovisko organizace EUROCONTROL, že v době zadání předmětné veřejné zakázky realizované v roce 2017 byla na straně obviněného dána objektivní potřeba její realizace. Obviněný následně ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2020 v návaznosti na opakovanou žádost ze strany Úřadu nad rámec výše uvedených informací doplnil, že jím realizovaná úprava daného systému AisView označená v investičním záměru jako „*Úpravy a doplnění základní mapy a náhledů mapy, vč. doplnění zobrazení pro piloty UAV*“ zahrnovala zavedení nových mapových vrstev (MRVA a AMA mapy) požadovaných leteckými školami, doplnění správy supplementů pro potřeby pilotů, doplnění meteo kamer požadovaných piloty a Českým hydrometeorologickým ústavem, novou mapu pro piloty dronů na základě požadavků Úřadu pro civilní letectví apod. Účelem je dle obviněného zvýšení provozní bezpečnosti. Obviněný dále uvedl, že v případě části plnění „*Technologie back-endu (administrace, správa konfigurace, datové rozhraní a webové služby)*“ vyplýval technologický vývoj a požadavky obviněného z legislativy, a to následovně: „*administrace (kybernetická bezpečnost), správa konfigurace (kybernetická bezpečnost), datové rozhraní (Nařízení Komise (EU) č. 73/2010), webové služby (Nařízení Komise (EU) č. 73/2010)*“. Ohledně části plnění „*Úprava obrazovky AMC a vylepšení funkcionality (konflikty ATS RTE / sektory / ATZ , činnosti)*“ obviněný konstatoval, že se jednalo o realizaci uživatelského požadavku pro vylepšení správy žádostí o vyhrazení vzdušného prostoru, kdy tato správa je prováděna Pracovištěm pro uspořádání vzdušného prostoru (AMC), které je tvořeno civilní a vojenskou částí, tedy rovněž zaměstnanci armády České republiky, přičemž jeho činnost je řízena zákonem č. 49/1997 Sb. a vyhláškou Ministerstva dopravy a spojů č. 108/1997 Sb. Co se týče části plnění „*Mobilní aplikace AisView, vč. vrstvy pro piloty UAV*“, obviněný uvedl, že se jednalo o rozšíření systému do podoby mobilní aplikace, které přináší rozšíření počtu uživatelů systému, za účelem zlepšení provozní bezpečnosti. Tato úprava dle obviněného vznikla na základě dohody s Úřadem pro civilní letectví, aby rozšířila letecké informace mezi uživatele dronů. K části plnění „*Doplnění funkcionality pro příjem a zpracování podkladů, vč. zpracování NOTAMů dle specifikace EUROCONTROL-GUID-0155*“ obviněný dodal, že se jednalo o uživatelské požadavky třetích stran včetně legislativních změn, což zahrnuje implementaci na základě specifikace organizace EUROCONTROL, která vychází z Nařízení Komise (EU) č. 73/2010 ze dne 26. 1. 2010, kterým se stanoví požadavky na jakost leteckých dat a leteckých informací pro jednotné evropské nebe. Výše zmíněné stanovisko organizace

EUROCONTROL obviněný, i navzdory opakované žádosti Úřadu, v rámci svého vyjádření Úřadu neposkytl, k čemuž opakovaně uvedl, že trvá na jeho vyžádání ze strany Úřadu, přičemž jeho nevyžádání Úřadem spatřuje za rozporné s § 8 odst. 2 správního řádu.

153. V návaznosti na výše uvedené tak Úřad přistoupil k posouzení jednotlivých skutečností tvrzených obviněným z hlediska toho, zda je možné tyto skutečnosti označit za objektivně zadavatelem nepředvídatelné okolnosti ve světle výše citované judikatury, odůvodňující potřebu zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž k tomuto posouzení Úřad uvádí následující.
154. Ohledně tvrzení obviněného, že potřeba zadání citované veřejné zakázky vznikla na základě závazných požadavků třetích stran, které obviněný ke dni uzavření původní smlouvy nemohl předvídat, což dle obviněného vyplývá z investičního záměru citované veřejné zakázky, Úřad uvádí, že v citovaném investičním záměru je uvedeno následující: *„část požadavků jsou plánované úpravy a rozšíření funkcionality podchycené ve Střednědobém plánu nebo na základě rozvoje informačních technologií (technologie back-endu, webové technologie). Součástí release je také další fáze postupné implementace (pre)digitálních NOTAMů na základě požadavků EUROCONTROL. Vzhledem k prudkému rozvoji informačních technologií a množství externích (piloti VFR) a interních uživatelů (AMC, FIC) má provoz systému AisView 3 velmi pozitivní vliv na bezpečnost letectví. Požadované úpravy a rozšíření funkcionality systému AisView 3 na základě vyhodnocení uživatelských požadavků, na základě technologického vývoje v oblasti IT (back-end, webové technologie) a v neposlední řadě dle požadavků EUROCONTROL na postupné zavádění digitálních NOTAMů (...).“*. Z citované pasáže investičního záměru vyplývá, že obviněným tvrzené požadavky třetích stran jsou zde formulovány pouze obecným způsobem, a to jako „požadavky EUROCONTROL na postupné zavádění digitálních NOTAMů“, přičemž takto nekonkrétně definované požadavky nejsou v daném dokumentu nikterak blíže specifikovány a rovněž nebyly konkretizovány ani předloženy obviněným v průběhu daného řízení o přestupcích. Bez bližšího seznámení se s těmito požadavky však nemůže být ze strany Úřadu provedeno náležité posouzení stran možnosti podřadit tyto požadavky pod objektivní nepředvídatelné okolnosti dle výše citované judikatury, na základě kterých obviněnému vznikla potřeba zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
155. K návrhu obviněného na provedení důkazu formou vyžádání si stanoviska organizace EUROCONTROL Úřad uvádí, že v rámci usnesení č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019, kterým Úřad obviněného opakovaně vyzval k prokázání jím uváděných objektivních okolností, Úřad mimo jiné odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019, jenž ve vztahu k otázce prokazování důvodů pro použití jednacého řízení bez uveřejnění ve světle zásady vyšetřovací uvedl následující: *„Je tedy na zadavateli, aby konkrétní důvody pro použití jednacého řízení bez uveřejnění tvrdil a navrhl konkrétní důkazy k prokázání těchto tvrzení. Na splnění povinnosti zadavatele konkrétní důvody pro použití jednacého řízení bez uveřejnění tvrdit a navrhnout konkrétní důkazy k prokázání těchto tvrzení pak navazuje nutná aktivita žalovaného. Pokud zadavatel v přezkumném řízení splní povinnost uloženou mu § 52 správního řádu a označí konkrétní důkazy na podporu svých konkrétních tvrzení o splnění konkrétních podmínek opravňujících jej zadat veřejnou zakázku prostřednictvím jednacého řízení bez uveřejnění, je jistě na žalovaném, aby konkrétně označené důkazy (jež objektivně*

nemůže předložit sám zadavatel) eventuálně opatřil, především je pak provedl a konečně je podle své úvahy hodnotil. To respektování zásady vyšetřovací odpovídá.“ Z citované pasáže rozsudku krajského soudu tak vyplývá, že povinnost uvést konkrétní důvody pro oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění, jakož i navrhnout konkrétní důkazy k prokázání těchto důvodů, stíhá v daném případě obviněného, přičemž Úřad má povinnost opatřit si tyto obviněným navržené důkazy pouze v situaci, kdy obviněný tyto důkazy objektivně nemůže sám předložit. V šetřeném případě však Úřad neshledal důvody, na základě kterých by obviněný nemohl sám předložit jím navržené důkazy v podobě existence objektivních okolností, na základě kterých dle svého tvrzení přistoupil k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Jestliže obviněný v šetřeném případě namítá, že nastaly konkrétní objektivní okolnosti, v důsledku kterých vznikla obviněnému potřeba zadat citovanou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, musí být (mimo jiné s ohledem na skutečnost, že důkazní břemeno ohledně prokázání důvodů pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nese zadavatel) obviněný sám schopen tyto konkrétní důvody Úřadu doložit a specifikovat je, když obviněný dle svého tvrzení na jejich základě přistoupil k realizaci jednacího řízení bez uveřejnění. Ve vztahu ke konkrétním okolnostem šetřeného případu Úřad nicméně konstatuje, že obviněným navržený důkaz formou vyžádání si konkrétních předpisů (či požadavků) organizace EUROCONTROL ze strany Úřadu není sám o sobě nikterak vypovídající pro přezkum Úřadu ohledně oprávněnosti použití předmětného jednacího řízení bez uveřejnění obviněným, neboť zmíněná organizace EUROCONTROL vystupuje toliko v pozici tvůrce daných předpisů, avšak již nemůže znát konkrétní dopady těchto předpisů na prostředí a činnosti obviněného. Samotná dispozice s uvedenými předpisy, které by Úřad získal od organizace EUROCONTROL, tak není pro Úřad dostatečně vypovídajícím důkazem o oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť obviněný je osobou, která musí být schopna Úřadu identifikovat případné objektivní nepředvídatelné okolnosti a přezkoumatelným způsobem Úřadu popsat a doložit, jaký měly tyto okolnosti konkrétní dopad na prostředí a činnosti obviněného, včetně uvedení provazby na konkrétní položky předmětu plnění, jichž se změna vyvolaná objektivně nepředvídatelnými okolnostmi dotýkala. Jelikož tyto myšlenkové pochody, představující konkrétní důvody, pro něž bylo dle obviněného v daném případě nezbytné přistoupit k zadání citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nemůže z povahy věci Úřadu předložit nikdo jiný, než sám obviněný, a ten tak neučinil, neprokázal zadavatel konkrétní provazbu mezi uváděnými předpisy (či požadavky) organizace EUROCONTROL a potřebou zadavatele upravit jím spravovaný systém v rozsahu změn provedených v souvislosti se zadáním veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017.

156. V této souvislosti Úřad zdůrazňuje, že obviněný je povinen Úřadu prokázat konkrétní důvody opravňující obviněného použít pro zadání přezkoumávané veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, přičemž jestliže obviněný dovozuje oprávněnost takového zadání skrze existenci objektivních nepředvídatelných okolností např. v podobě konkrétních legislativních změn, nepostačuje v takovém případě za účelem prokázání oprávněnosti postupu obviněného pouhé uvedení odkazu na určitý předpis bez bližšího zdůvodnění ze strany obviněného, jaké konkrétní dopady měl daný předpis na předmět plnění zadávané veřejné zakázky, včetně uvedení provazby, která konkrétní ustanovení daného předpisu vyvolala kterou konkrétní změnu předmětu plnění, jakož i specifikace, jaké konkrétní položky či části předmětu plnění zadávané veřejné zakázky byly každou takovou konkrétní legislativní změnou dotčeny. Výše

uvedená specifikace ze strany obviněného je totiž primárním předpokladem pro umožnění přezkumu jeho postupu Úřadem, neboť Úřad z povahy věci nemůže znát konkrétní aspekty prostředí a činností obviněného a nemůže za obviněného dovozovat, jak se která konkrétní legislativní změna mohla projevit v potřebách obviněného, pokud obviněný sám tyto skutečnosti Úřadu nesdělí nebo nevyplývají přímo z obsahu obviněným uzavřených smluv, resp. v takovém případě nelze vyloučit, že obviněným realizované změny mohly být vyvolány jinými okolnostmi, než jím odkazovanými legislativními změnami. K tomu Úřad dodává, že pouhé uvedení odkazu na konkrétní veřejně dohledatelný předpis by za účelem prokázání oprávněnosti postupu obviněného postačovalo pouze v případech, pokud by z obsahu daného předpisu jednoznačně vyplývaly skutečnosti tvrzené obviněným bez nutnosti jejich podrobnější analýzy (např. uvedení odkazu na legislativu měnící sazbu DPH), kdy v takovém případě by další specifikace ze strany obviněného nebyla pro umožnění přezkumu Úřadu nezbytná. V této souvislosti Úřad rovněž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 256/2015-95 ze dne 12. 5. 2016, dle něhož je zadavatel povinen řádně vymezit a odůvodnit technické důvody prokazující oprávněnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, čemuž odpovídá předpoklad, že Úřad je nemusí vyhledávat takřkájíc „meziřádky“. K tomu Úřad dodává, že ačkoliv obviněný v šetřeném případě nezadával citovanou veřejnou zakázku s odkazem na technické důvody, nýbrž z důvodů autorskoprávních, lze výše uvedené závěry judikatury vztáhnout i na šetřený případ, neboť tyto závěry se vztahují obecně k postupu zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění. V šetřeném případě obviněný uvádí toliko odkazy na předpisy, kdy navíc některé z nich ani nejsou veřejně dohledatelné a obviněný je Úřadu neposkytl, přičemž ani z těch veřejně dohledatelných nemůže Úřad sám dovozovat, bez bližší specifikace ze strany obviněného, jak se která z mnoha změn vyplývajících z daného předpisu projevila v potřebách obviněného a kterou konkrétní prováděnou změnu v rámci předmětu plnění přezkoumávané veřejné zakázky způsobilá.

157. V návaznosti na výše uvedené Úřad na tomto místě odkazuje na další argumentaci obviněného obsaženou v jeho vyjádření ze dne 13. 1. 2020, jenž ve vztahu k částem plnění „*Úprava obrazovky AMC a vylepšení funkcionality (konflikty ATS RTE / sektory / ATZ , činnosti)*“ a „*Doplnění funkcionality pro příjem a zpracování podkladů, vč. zpracování NOTAMů dle specifikace EUROCONTROL-GUID-0155*“ specifikoval, že potřeba jejich zadání vznikla na základě nařízení Evropské komise č. 73/2010 ze dne 26. 1. 2010, kterým se stanoví požadavky na jakost leteckých dat a leteckých informací pro jednotné evropské nebe. K citovanému předpisu Úřad uvádí, že dle jeho obsahu citované nařízení stanovuje požadavky na jakost leteckých dat a leteckých informací pro jednotné evropské nebe, přičemž v jeho kapitole II „POŽADAVKY NA INTEROPERABILITU A VÝKONNOST“ článku 4 „Soubor dat“ je stanoveno, že poskytovatelé letových navigačních služeb poskytují letecká data a letecké informace v souladu se specifikacemi souborů dat uvedenými v příloze I citovaného nařízení. Zmíněná příloha I citovaného nařízení pak definuje jednotlivé požadavky na soubory dat, jejichž prostřednictvím se poskytují letecká data a letecké informace (např. používání jednotného jazyka pro modelování UML ve formě diagramů tříd a souvisejících definicí tříd, atributů, přidružení a seznamů hodnot, případně používání katalogu prvků v souladu s normou ISO 19110:2005, dále poskytování leteckých dat a informací jako jednotlivých datových prvků definujících každý letecký prvek, pro který je nutné zveřejnit informace v souladu s předepsanými normami ICAO, popisování

geometrických prvků dle normy ISO 19107:2003, popisování informací o metadatech v souladu s normou ISO 19115:2003, aj.). Z výše uvedeného vyplývá, že zmíněný předpis odkazovaný obviněným stanovuje svým adresátům celou řadu povinností, přičemž pakliže obviněný nespecifikuje konkrétní změny vyplývající z daného předpisu, které se přímo dotýkají jeho prostředí a činností, včetně uvedení provazby těchto změn na jím realizované konkrétní úpravy předmětu plnění, a tyto skutečnosti nevyplývají ani z obsahu obviněným uzavřené smlouvy, nelze ze strany Úřadu provést přezkum oprávněnosti postupu obviněného ve vztahu k těmto částem předmětu plnění. Ačkoliv tedy Úřad v daném případě zvažoval, zda je možné pouze na základě obviněným uvedeného odkazu na název daného předpisu provést ze strany Úřadu vlastní úvahu ohledně existence objektivních nepředvídatelných okolností odůvodňujících oprávněnost použití jednacímho řízení bez uveřejnění obviněným, dospěl Úřad k závěru, že výše uvedená úvaha není bez nutné součinnosti ze strany obviněného, která však nebyla v daném případě i přes opakovanou výzvu poskytnuta, možná.

158. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2020 dále nově uvedl, že jím realizovaná úprava systému AisView označená v investičním záměru jako „*Úpravy a doplnění základní mapy a náhledů mapy, vč. doplnění zobrazení pro piloty UAV*“ zahrnovala zavedení nových mapových vrstev (MRVA a AMA mapy) požadovaných leteckými školami, doplnění správy supplementů pro potřeby pilotů, doplnění meteo kamer požadovaných piloty a Českým hydrometeorologickým ústavem, novou mapu pro piloty dronů na základě požadavků Úřadu pro civilní letectví apod. K tomu Úřad opakovaně uvádí, že výše uvedená obecná tvrzení obviněného ohledně existence blíže nespecifikovaných a nedoložených požadavků třetích stran (požadavky leteckých škol, pilotů, Českého hydrometeorologického ústavu či Úřadu pro civilní letectví) nemohou být bez dalšího Úřadem posouzena jako objektivní okolnosti odůvodňující použití jednacímho řízení bez uveřejnění obviněným, pokud obviněný Úřadu tato tvrzení neprokáže. Totéž platí pro tvrzení uvedená obviněným ohledně části plnění „*Mobilní aplikace AisView, vč. vrstvy pro piloty UAV*“, u níž obviněný opět dovozuje existenci objektivních okolností pouze na základě blíže nespecifikované a neprokázané dohody s Úřadem pro civilní letectví. K obviněným uváděné části plnění „*Úprava obrazovky AMC a vylepšení funkcionality (konflikty ATS RTE / sektory / ATZ , činnosti)*“ Úřad uvádí, že obviněný v rámci této části plnění žádné objektivní okolnosti ani v obecné rovině neuvedl, když pouze konstatoval, že se jednalo o realizaci uživatelského požadavku pro vylepšení správy žádostí o vyhrazení vzdušného prostoru, a následně zmínil, kterým pracovištěm je tato správa prováděna a jakými předpisy se řídí její činnost. Úřad proto konstatuje, že ve vztahu k výše uvedeným částem plnění veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 obviněný existenci objektivních nepředvídatelných okolností neprokázal. I přes výše uvedené však Úřad konstatuje, že pokud by obviněný v šetřeném případě prokázal existenci objektivně nepředvídatelných okolností pouze u některé z výše uvedených dílčích částí předmětu plnění citované veřejné zakázky, nebylo by v takovém případě možné akceptovat jeho postup, kdy společně s takovou částí plnění v jednacím řízení bez uveřejnění zadá rovněž zbylé části jím zadávaného předmětu plnění, u kterých existenci objektivně nepředvídatelných okolností neprokázal, neboť v daném případě obviněný neprokázal skutečnost, že by jednotlivé dílčí části předmětu plnění citované veřejné zakázky byly navzájem neoddělitelné.

159. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad shrnuje, že obviněný v rámci veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 neprokázal, že by jeho postup v případě zadání citované veřejné zakázky byl nezaviněný, spadající do čtvrté typové kategorie ve smyslu výše citované judikatury krajského soudu.
160. Na tomto místě Úřad odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, dle něhož se má Úřad při novém projednání části věci za účelem posouzení otázky zavinění vzniku stavu exkluzivity obviněným dále zabývat podobou a účelem pořízení původních smluv, zadáváním navazujících plnění k původním smlouvám a rovněž tvrzením obviněného, že do 1. 5. 2004 nebyl v postavení veřejného zadavatele. Úřad proto přistoupil k posouzení výše uvedených otázek, k čemuž uvádí následující.
161. K podobě původního závazkového vztahu a účelu pořízení předmětného informačního systému Úřad uvádí, že z přílohy č. 1 „Technická specifikace“ původní smlouvy o dílo AisView 3 ze dne 19. 9. 2008 vyplývá, že předmětný informační systém AisView představuje řešení pro grafickou vizualizaci informací o letových prostorech v rámci České republiky zájemcům z oblasti letecké veřejnosti a rovněž společnostem pohybujícím se v oblasti letectví, dále zobrazuje letištní zprávy NOTAM (informace pro piloty, kterými jsou povinni se řídit), AUP/UUP (informace ohledně naplánovaného využití vzdušného prostoru) a meteorologická data. Nadstavbové funkce systému zajišťují uživatelům pomoc při plánování letů, jejich vyhodnocení, apod. Úřad dále s odkazem na informace poskytnuté obviněným v průběhu řízení o přestupcích k danému informačnímu systému uvádí, že informační systém AisView je svojí charakteristikou informačním systémem, který má zásadní dopad na bezpečnost a životy osob, jelikož tento systém zajišťuje bezpečný pohyb subjektů ve vzdušném prostoru. Zmíněný systém byl obviněným v roce 2008 pořízen jako softwarový systém, který uspokojí potřebu pro zvýšení provozní bezpečnosti formou zobrazení vybraných leteckých a meteorologických informací doporučených pro předletovou přípravu v rozsahu určeném GA v rámci FIR PRAHA, tedy relevantní informace pro lety v nízkých hladinách. Systém AisView byl vyvinut ve formě webového rozhraní, přičemž jeho hlavním prvkem je interaktivní mapa obsahující aktuální a garantované letecké informace. Nad touto mapou jsou poskytovány další funkcionality uzpůsobené pro jednotlivé skupiny uživatelů, což zahrnuje například vyhledávání, filtrování vrstev jednotlivých prvků, pohyb na časové ose atd. Úřad v návaznosti na informace sdělené obviněným konstatuje, že hlavním účelem systému AisView bylo zlepšení provozní bezpečnosti civilního letectví prostřednictvím poskytování leteckých a meteorologických informací vhodnou formou s ohledem na uživatele zahrnující piloty, uživatele dronů, orgány státní správy (Úřad pro civilní letectví, Ministerstvo dopravy, Ministerstvo obrany, Leteckou amatérskou asociaci), provozovatele letecké záchranné služby, aerokluby, letecké školy a ostatní leteckou veřejnost. Kromě grafického zobrazování leteckých informací poskytuje systém AisView platformu pro předávání podkladů Letecké informační službě. Tyto podklady zahrnují změny leteckých informací a jejich předávání skrze systém AisView je jedním z kanálů, které jsou zakotveny v leteckém předpisu L15 dodatku O, což je závazný regulační předpis vycházející z Chicagské úmluvy o mezinárodním civilním letectví. Systém AisView také, díky grafické prezentaci, slouží jako podpůrný nástroj pro složky letových provozních služeb, zejména pak pro Letové informační středisko FIC, jehož úkolem je poskytování letové informační

a pohotovostní služby neřízeným letům VFR ve FIR Praha. Výše uvedené skutečnosti tak dle Úřadu jednoznačně dokládají důležitý charakter předmětného systému, neboť základním účelem jeho pořízení bylo zejména zvýšení bezpečnosti civilního letectví skrze poskytování informací ohledně využívání vzdušného prostoru České republiky širokému okruhu jeho příjemců, což má zásadní dopad jak na bezpečnost a životy osob, tak na minimalizaci případných bezpečnostních rizik v rámci řízení letového provozu. Předmětný informační systém AisView proto dle Úřadu představoval důležitý páteří informační systém infrastruktury obviněného zajišťující bezpečnost letového provozu, jehož rozsah generuje potřebu kontinuálních úprav.

162. Dle názoru předsedy Úřadu ve výše citovaném rozhodnutí je nutno dále přihlédnout k tomu, po jakou dobu měl být daný informační systém provozován. Jelikož z původní smlouvy o dílo AisView 3 ze dne 19. 9. 2008 nikterak nevyplývá, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu předmětný informační systém v době jeho pořízení provozovat, Úřad vyzval obviněného usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 mimo jiné ke sdělení, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu daný informační systém v době jeho pořízení provozovat, resp. pokud obviněný plánoval tento informační systém provozovat pouze krátkodobě, nechť obviněný tuto skutečnost zdůvodní relevantní argumentací zohledňující charakter a důležitost tohoto informačního systému. Obviněný v rámci jeho vyjádření ze dne 4. 12. 2019 uvedl, že v době uzavření původní smlouvy o dílo k systému AisView nebylo jeho úmyslem dlouhodobé provozování tohoto systému, k čemuž uvedl, že úmysl jeho dlouhodobého provozování jednak neplyne z žádného ustanovení uzavřené iniciační smlouvy ani z technického vymezení jejího předmětu, a rovněž jej není možné dovodit ani z kontextu uzavírání této smlouvy. Obviněný dále konstatoval, že v roce 2008 nebylo možno efektivně předvídat další vývoj ICT aplikací, zejména nebylo možno předvídat mohutný vývoj tzv. chytrých telefonů, přičemž tento vývoj dle obviněného prodloužil životnost daného systému naprosto nepředvídatelně, což bylo mimo jiné důvodem uzavření veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017. Vzhledem k tomu, že obviněný v rámci svého vyjádření nevysvětlil, jakým konkrétním způsobem se projevil rozvoj tzv. chytrých telefonů na životnosti daného informačního systému, Úřad jej usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 vyzval k objasnění výše uvedeného tvrzení, přičemž Úřad v odůvodnění citovaného usnesení rovněž obviněného s ohledem na jeho výše uvedené tvrzení vyzval ke sdělení, jakým způsobem bylo nastaveno ukončení provozování daného systému ve vztahu k jeho původním příjemcům, pokud bylo původním úmyslem obviněného provozovat tento systém pouze krátkodobě a jeho dlouhodobé provozování způsobil až vývoj tzv. chytrých telefonů. Úřad tamtéž uvedl, že pakliže obviněný tvrdí, že předmětný informační systém AisView by již nebyl nadále využíván v případě, že by nedošlo k prudkému rozvoji tzv. chytrých telefonů, žádá Úřad o podrobnější zdůvodnění takového tvrzení. V návaznosti na výše uvedené obviněný ve svém následném vyjádření ze dne 13. 1. 2020 uvedl, že systém AisView byl v roce 2008 vytvořen jako webová aplikace, kdy současně obviněný nepředpokládal jeho dlouhodobé provozování. Postupně s rozvojem chytrých telefonů byl daný systém propojen s mobilní aplikací, aby byl dostupný všem pilotům civilních letounů, a z tohoto důvodu se dle obviněného zcela neočekávaně prodloužila životnost tohoto systému, kdy je tento systém využíván širokou veřejností, kterou obviněný nemohl v roce 2008 předvídat, neboť v té době chytré telefony v dnešní podobě neexistovaly. Obviněný k tomu dodal, že mobilní aplikace, která je dostupná

v chytrých telefonech, tak přenáší podstatné funkce základní mapy z webového portálu do nativního prostředí mobilního zařízení se zaměřením na potřeby pilota. V roce 2008 nebylo dle obviněného možné predikovat, že uživatelská použitelnost webového rozhraní bude v důsledku rozvoje tzv. chytrých telefonů radikálně rozšířena i na operativní užití u osobních, příručních přístrojů, nošených jednotlivými uživateli (např. piloty soukromých osobních letadel a helikoptér) jednoduše „v kapse“ s on-line připojením, a tedy že se tímto způsobem nepředvídatelně prodlouží použitelnost tohoto systému. Obviněný konstatuje, že v roce 2008 totiž nešlo vyloučit ani zcela odlišný vývoj, např. posílení funkce SMS komunikace či jiné komunikace zasílající jednotlivé zprávy, která by byla nesrovnatelná s nyní rozšířenou on-line komunikací přes webové rozhraní, a použitelnost systému AisView by dle obviněného pravděpodobně ukončila či minimálně výrazně omezila a zkrátila. Obviněný má za to, že výše uvedená nepredikovatelnost vývoje mobilní komunikace v roce 2008 je obecně známá a všeobecně platná skutečnost, přičemž tato predikce není formálně zachycena ve sjednávané smluvní dokumentaci obviněného k systému AisView, neboť podobně „vizionářská“ ustanovení dle obviněného nebývají standardní součástí smluvních ujednání. Dle obviněného tak zcela přirozeně neexistuje žádné výslovné prohlášení či ustanovení jakožto konkrétní důkaz, že obviněný v roce 2008 pořizoval systém AisView bez toho, že by zamýšlel jeho dlouhodobé provozování a vývoj, který by (již tehdy) svazoval s předpokládaným budoucím vývojem elektronické komunikace.

163. V návaznosti na výše uvedenou argumentaci obviněného Úřad uvádí následující. K obecnému tvrzení obviněného, že v době uzavření původní smlouvy o dílo k systému AisView nebylo jeho úmyslem dlouhodobé provozování tohoto systému, neboť úmysl jeho dlouhodobého provozování jednak neplyne z žádného ustanovení uzavřené iniciační smlouvy ani z technického vymezení jejího předmětu, a rovněž jej není možné dovodit ani z kontextu uzavírání této smlouvy, Úřad uvádí, že skutečnost, že v iniciační smlouvě k danému systému není stanovena plánovaná doba jeho provozování, dle Úřadu nikterak nenasvědčuje tomu, že by měl obviněný v úmyslu daný systém provozovat pouze krátkodobě. Z technického vymezení předmětu dané iniciační smlouvy a z kontextu jejího uzavírání dle Úřadu naopak jednoznačně vyplývá úmysl dlouhodobého provozování systému AisView, a to zejména s ohledem na jeho charakter, kdy daný systém pro obviněného představoval důležitý páteří systém jeho infrastruktury přispívající ke zvýšení bezpečnosti civilního letectví, jak bylo dovozeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. K obviněným tvrzené nepředvídatelnosti vývoje tzv. chytrých telefonů, které dle obviněného neočekávatelně prodloužily životnost daného informačního systému AisView, Úřad uvádí, že v daném případě Úřad nikterak nerozporuje skutečnost, že přístup k danému informačnímu systému skrze mobilní aplikaci mohl nepochybně přispět k navýšení počtu uživatelů daného informačního systému, kteří jej tímto způsobem mohou využívat rovněž prostřednictvím příručních přístrojů s on-line připojením k internetu, nicméně výše zmíněné nijak nedokládá skutečnost, že doposud jediná platforma daného informačního systému v podobě webové aplikace by v případě neexistence tzv. chytrých telefonů již nebyla využívána. Za účelem objasnění této otázky vyzval Úřad obviněného k bližšímu zdůvodnění své argumentace a rovněž ke sdělení, jakým způsobem bylo nastaveno ukončení provozování daného systému ve vztahu k jeho původním příjemcům využívajících daný systém skrze webovou aplikaci. Obviněný však ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2020 uvedl pouze toliko, že původní smlouva k danému systému přirozeně neobsahovala žádná „vizionářská“ ustanovení ohledně

nepredikovatelnosti vývoje mobilních technologií. K tomu Úřad uvádí, že jeho dotaz nesměřoval ke specifikaci ustanovení původní smlouvy ohledně nepredikovatelnosti vývoje tzv. chytrých telefonů, nýbrž ke specifikaci toho, jakým způsobem byl v době uzavření původní smlouvy k danému systému nastaven okamžik ukončení provozování tohoto systému ve vztahu k jeho původním příjemcům, tedy uživatelům využívajících daný systém prostřednictvím webové aplikace. Jelikož tato skutečnost nebyla ze strany obviněného nikterak objasněna, nemůže se obviněný dle názoru Úřadu dovolávat plánované krátkodobosti provozování systému AisView na základě toho, že provozování daného systému ve vztahu k jeho původním příjemcům by v případě nezavedení mobilní aplikace bylo ukončeno, neboť uvedená skutečnost je v případě uzavření původní smlouvy o dílo na dobu neurčitou pouze ničím nepodložené tvrzení obviněného, kterou se obviněný snaží ex post ospravedlnit svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění. Nad rámec toho Úřad uvádí, že předmětem plnění veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 nebylo pouze rozšíření daného systému formou vytvoření mobilní aplikace, nýbrž řada dalších dílčích plnění specifikovaných výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, ve vztahu ke kterým nebyla ze strany obviněného prokázána existence objektivních nepředvídatelných okolností, na základě kterých by obviněnému vznikla oprávněná potřeba zadání citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tudíž argumentace obviněného ohledně nepředvídatelnosti rozvoje tzv. chytrých telefonů ve vztahu k dílčí části předmětu plnění nemůže odůvodnit oprávněnost zadání citované veřejné zakázky jako celku, jak již Úřad dovodil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. V návaznosti na výše uvedené tak Úřad uzavírá, že obviněný v šetřeném případě neprokázal, že by daný informační systém AisView v době uzavření původní smlouvy o dílo plánoval provozovat pouze krátkodobě, např. v řádu několika málo let. I s ohledem na tuto skutečnost tak Úřad zastává názor, že obviněný musel v daném případě vzhledem k důležitosti uvedeného informačního systému zajišťujícího množství funkcí (viz výše) předpokládat jeho budoucí rozvoj.

164. Úřad byl dále povinován k posouzení, kdy došlo k zadání prvního navazujícího plnění, případně v jakých intervalech docházelo k zadávání navazujících plnění. V návaznosti na výše uvedené Úřad uvádí, že po uzavření původní smlouvy o dílo AisView 3 dne 19. 9. 2008 došlo ze strany obviněného k zadání následujících navazujících plnění:

- Smlouva o dílo č. 003/123/10 ze dne 12. 2. 2010,
- Smlouva o dílo č. 120/123/11 ze dne 2. 11. 2011,
- Smlouva o dílo č. 138/123/12 ze dne 28. 12. 2012,
- Smlouva o dílo č. 161/2014/123 ze dne 4. 8. 2014,
- Smlouva o dílo č. 200/2015/IS/123 ze dne 14. 8. 2015,
- Smlouva o dílo č. 268/2016/IS/123 ze dne 25. 10. 2016,
- Smlouva o dílo č. 321/2017/IS/123 ze dne 9. 11. 2017.

Z výše uvedeného seznamu uzavřených navazujících smluv o dílo vyplývá, že k informačnímu systému AisView bylo od 19. 9. 2008 uzavřeno celkem sedm navazujících smluv o dílo, přičemž k zadání prvního navazujícího plnění, kterým byl původní poptávaný předmět plnění

měněn (konkrétně se jednalo o rozšíření stávající podoby systému o množství funkcionalit, např. modul AMC, grafická data MET, vizualizace zpráv METAR a SYNOP, úprava formuláře pro zasílání podkladů pro NOTAM v rozsahu 3,5 pracovních dní, třídění Issue logu, doplnění rastrových podkladů, letištní Trigger NOTAM, aj.) došlo na základě uzavření Smlouvy o dílo č. 003/123/10 dne 12. 2. 2010, tedy cca rok a půl po uzavření původní smlouvy o dílo AisView 3. Z výše uvedeného výčtu smluv o dílo dále vyplývá, že k zadávání jednotlivých navazujících plnění docházelo v intervalech přibližně jednoho až dvou roků. V návaznosti na výše uvedené Úřad odkazuje na závěry výše citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu, v němž předseda Úřadu výslovně uvedl: „*Pokud by totiž navazující plnění bylo zadáváno po relativně krátké době po zadání původní veřejné zakázky, a pak následně v pravidelných časových intervalech, bylo by možno usuzovat na to, že zadavatel již od počátku musel počítat s pravidelným rozšiřováním a údržbou informačního systému.*“ V kontextu výše uvedených skutečností, s přihlédnutím k charakteru daného informačního systému, který představoval důležitý páteří systém infrastruktury obviněného, dospěl Úřad po zohlednění otázky uzavírání navazujících smluv k danému informačnímu systému v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu k závěru, že obviněný musel v šetřeném případě již v době uzavření původní smlouvy o dílo AisView 3 počítat s pravidelným rozšiřováním a údržbou předmětného informačního systému, jelikož z výše uvedeného je patrné, že k danému informačnímu systému bylo zadáváno množství navazujících plnění v pravidelných časových intervalech okolo jednoho až dvou roků.

165. K tomu Úřad dodává, že z výše nastíněného postupu obviněného spočívajícího v uzavírání navazujících smluv o dílo, kdy obviněný postupně prohluboval funkčnost daného informačního systému, je dle Úřadu zřejmé, že tento informační systém byl pro obviněného důležitým nástrojem a obviněný si tedy musel být vědom charakteru a významu tohoto systému pro chod obviněného a plnění jeho povinností. Dle názoru Úřadu si obviněný musel být již v době vzniku předmětného informačního systému vědom významu a důležitosti tohoto systému pro bezpečnost, vzhledem k tomu, že se jedná o systém, který zajišťuje bezpečnost pohybu ve vzdušném prostoru státu, a to včetně rizik, kterými může být takový systém ohrožen. Úřad tak konstatuje, že v případě informačního systému AisView se jednalo o systém natolik zásadní, že bylo možno předpokládat nutnost jeho udržování ze strany obviněného. Vzhledem k výše uvedenému je Úřad toho názoru, že obviněný tak měl již v rámci udržování daného informačního systému od jeho vzniku předpokládat nutnost realizace veřejných zakázek, jejichž předmětem by byla podpora, provoz a rozšíření předmětného informačního systému, navazujících na původní smlouvu o dílo AisView 3.
166. Úřad dále doplňuje, že předmět původní veřejné zakázky (stejně jako předmět veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017) spadá do dynamicky se rozvíjející oblasti ICT, kdy navíc nelze vyloučit, že například na relevantní trh vstoupí nový dodavatel způsobilý splnit šetřenou veřejnou zakázku za ekonomicky výhodnějších podmínek, či se takto způsobilým stane některý z dodavatelů v současnosti na relevantním trhu působících. Nadto Úřad uvádí, že rovněž nelze vyloučit, že v případě, že by (potenciální) dodavatelé před zadáním původní veřejné zakázky věděli, že poptávané plnění bude v budoucnu rozšiřováno prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění, případně sérií jednacích řízení bez uveřejnění, a že se zadáním původní veřejné zakázky de facto rozumí i budoucí přidělení neurčitěho počtu dalších zakázek prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění, mohli by nabídkovou cenu

určit s ohledem na budoucí navazující plnění v odlišné výši, což by eventuálně mohlo vést ke snížení celkových nákladů na předmět plnění původní veřejné zakázky a všechna navazující plnění.

167. V návaznosti na výše uvedené Úřad opakuje, že obviněný po uzavření původní smlouvy o dílo AisView 3, na základě které vznikl stav exkluzivity vybraného dodavatele Foxtrot Technologies, následně uzavřel celkem 7 navazujících smluv k danému informačnímu systému se jmenovaným vybraným dodavatelem, přičemž uzavřením každé z těchto navazujících smluv obviněný udržoval stav exkluzivity na straně vybraného dodavatele. Jelikož každá z výše uvedených navazujících smluv o dílo představovala samostatnou veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, Úřad za účelem vyjasnění, zda v jejich případě nemohly existovat objektivní nepředvídatelné okolnosti ve smyslu výše citované judikatury, v důsledku kterých by bylo nutné na daný postup obviněného nazírat jako na oprávněný, nejprve usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 a následně usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 obviněného opakovaně vyzval ke sdělení, z jakých důvodů byly uzavřeny předchozí jednotlivé navazující smlouvy o dílo k danému informačnímu systému, jimiž byl udržován stav exkluzivity vybraného dodavatele, přičemž jestliže potřeba uzavření některé z nich vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného, nechť obviněný tyto okolnosti specifikuje u každé takové navazující smlouvy o dílo. Obviněný v návaznosti na výše citovaná usnesení Úřadu ve svých vyjádřeních ze dne 4. 12. 2019 a ze dne 13. 1. 2020 opakovaně uvedl, že předmětem šetřeného řízení o přestupcích jsou výhradně veřejné zakázky realizované v jednacích řízeních bez uveřejnění v roce 2017, pročez je irelevantní hodnotit či zohledňovat jakékoli kroky obviněného, které nastaly od okamžiku podpisu původních smluv k informačním systémům do okamžiku realizace přezkoumávaných jednacích řízení bez uveřejnění. K tomu Úřad uvádí, že nezpochybňuje tvrzení obviněného, že předmětem přezkumu v rámci tohoto řízení o přestupcích je otázka, zda se obviněný dopustil přestupků v souvislosti s neoprávněným zadáním jednacích řízení bez uveřejnění realizovaných v roce 2017, nicméně Úřad má za účelem daného přezkumu povinnost posoudit rovněž naplnění materiální stránky podmínek pro použití těchto jednacích řízení bez uveřejnění, tedy otázku, zda obviněný stav exkluzivity vybraných dodavatelů nezpůsobil sám svým předchozím postupem při uzavírání smluv na plnění, na která přezkoumávané veřejné zakázky navazují či je rozvíjí. Za tímto účelem musí Úřad zohlednit veškerý dosavadní postup obviněného související s realizací úprav daných informačních systémů, tedy jak otázku vzniku stavu exkluzivity, tak i další navazující postup obviněného v podobě udržování tohoto stavu neoprávněným uzavíráním navazujících smluv o dílo, kterými byl původní předmět plnění v průběhu času měněn. V návaznosti na to Úřad konstatuje, že ve světle výše citovaných závěrů krajského soudu musí Úřad zohlednit, zda se obviněný při zadávání zmíněných předchozích navazujících smluv, kterými byl stav exkluzivity udržován, nacházel ve třetí nebo čtvrté typové kategorii dle citované judikatury. Jelikož obviněný i přes opakovanou žádost ze strany Úřadu neprokázal žádné objektivní nepředvídatelné okolnosti, na základě kterých by byla vyvolána jeho oprávněná potřeba zadání předchozích navazujících smluv k informačnímu systému AisView v jednacím řízení bez uveřejnění, a z obsahu těchto navazujících smluv rovněž existence takových okolností nevyplývá, Úřad konstatuje, že obviněný se v případě uzavírání jednotlivých předchozích navazujících smluv o dílo k danému

systemu nacházel ve třetí se shora uvedených typových situací a každým takto neoprávněným zadáním navazující veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byl stav exkluzivity vybraného dodavatele Foxtrot Technologies dále udržován. Ačkoliv tedy stav autorskoprávní exkluzivity na straně jmenovaného vybraného dodavatele vznikl již v okamžiku uzavření původní smlouvy o dílo AISView 3, v rámci níž obviněný nenaformuloval smluvní podmínky odpovídajícím způsobem tak, aby zajistil předání veškerých zdrojových kódů k danému systému, včetně práva do nich zasahovat samostatně i prostřednictvím třetích osob, výše uvedené udržování stavu exkluzivity prostřednictvím uzavírání navazujících smluv o dílo dokresluje nezákonnost postupu obviněného a její kontinuálnost v čase.

168. K tvrzení obviněného, že do 1. 5. 2004 nebyl v postavení veřejného zadavatele, Úřad uvádí, že ve vztahu k šetřené veřejné zakázce AISView 3 – Release 2017 tato skutečnost pro posouzení otázky zavinění vzniku stavu exkluzivity nehraje roli, neboť původní smlouva o dílo AISView 3 byla uzavřena až dne 19. 9. 2008, tedy již v době, kdy obviněný byl v postavení veřejného zadavatele. Úřad se proto k relevanci uvedené námítky obviněného ve vztahu k otázce zavinění vzniku stavu exkluzivity vyjadřuje blíže až v odůvodnění výroků II. a III. tohoto rozhodnutí.
169. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 9. 5. 2019 rovněž odůvodňuje svůj postup v původní smlouvě o dílo AISView 3 tím, že požadavek, kterým by získal zdrojové kódy k informačnímu systému, by byl z pohledu trhu v době budování informačního systému excesivní, a jako takový by byl pravděpodobně řadou dodavatelů úspěšně napaden jako diskriminační a nepřiměřený. K tomu Úřad konstatuje, že požadavek obviněného na získání zdrojových kódů k danému informačnímu systému v rámci zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku k systému AISView by mohl být shledán jako diskriminační pouze v případě, že by obviněný nebyl schopen si tento požadavek racionálně zdůvodnit. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 7 Afs 44/2013 – 37 ze dne 7. 11. 2013, v němž jmenovaný soud konstatoval následující: *„Co se týče konkrétních požadavků na dodavatele, úprava v zákoně o veřejných zakázkách umožňuje zadavateli zvolit si z nich takové, které považuje ve vztahu k předmětu zakázky za nezbytné. Protože se jedná převážně o ustanovení ponechávající zadavateli prostor pro úvahu, musí být potřeba takového požadavku odůvodnitelná. To znamená, že čím podrobnější a přísnější požadavky zadavatel zvolí, tím vyšší nároky budou kladeny na jejich odůvodnění. Případná diskriminace dodavatelů stanovením kvalifikačních a technických požadavků tak může spočívat v tom, že zadavatel zvolí takový požadavek, který nebude odůvodněný (nebude s požadovaným plněním souviset), nebo který bude nepřiměřený (bude potřeby veřejné zakázky zjevně přesahovat).“* Z výše uvedeného tak vyplývá, že zadavatel je oprávněn zvolit si v rámci zadávacích podmínek k jím poptávanému předmětu plnění takové požadavky, které sám považuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky za nezbytné, přičemž jako diskriminační mohou být shledány takové požadavky, jejichž potřebu není zadavatel schopen objektivně odůvodnit. Ve vztahu k šetřenému případu Úřad uvádí, že případný požadavek na získání zdrojových kódů k poptávanému systému AISView včleněný do zadávacích podmínek původní veřejné zakázky k tomuto systému by Úřad nepovažoval jako objektivně nezdůvodnitelný, neboť tímto požadavkem by obviněný zabránil vzniku stavu exkluzivity vybraného dodavatele Foxtrot Technologies a nebyl by tak nucen veškerá navazující plnění spočívající v úpravách daného systému zadávat pouze tomuto dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění, tedy

postupem vylučujícím hospodářskou soutěž mezi dodavateli působícími na relevantním trhu. Obviněný by tak stanovením uvedeného požadavku v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky zamezil svému případnému budoucímu nezákonnému postupu, protože Úřad považuje daný požadavek za objektivně zdůvodnitelný.

170. Úřad dále uvádí, že odpovědnost zadavatele jako právnické osoby za přestupky je odpovědností objektivní, přičemž podle § 21 odst. 1 zákona o přestupcích platí, že právnická osoba za spáchaný přestupek neodpovídá pouze v případě, kdy prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby přestupku zabránila. Na tomto místě Úřad uvádí, že podle Investičního záměru AisView 3 – Release 2017 a vyjádření obviněného ze dne 26. 9. 2018 vyplývá, že se obviněný snažil od vybraného dodavatele Foxtrot Technologies zdrojový kód k informačnímu systému získat, avšak tato snaha se na straně jmenovaného vybraného dodavatele nesešla s úspěchem, a proto byla odmítnuta. Obviněný dále přiložil jako důkaz k jím podanému rozkladu ze dne 2. 7. 2019 dopis adresovaný jmenovanému vybranému dodavateli zasláný v průběhu šetřeného řízení o přestupcích, v němž se obviněný dotazoval, zda v době pořízení předmětného informačního systému nabízel svým zákazníkům prodej zdrojových kódů a neomezených licencí, resp. zda by byl ochoten tyto zdrojové kódy prodat v případě vážného zájmu. Z odpovědi vybraného dodavatele Foxtrot Technologies ze dne 27. 6. 2019 vyplývá, že předmětný systém AisView 3 vznikl v roce 2004 pod názvem NOTAM systém, přičemž s ohledem na unikátní know-how nebylo záměrem jmenovaného vybraného dodavatele zdrojový kód k tomuto systému prodávat a tím ztratit významné postavení na trhu. K tomu Úřad uvádí, že výše uvedený důkaz předložený obviněným v podobě vyjádření vybraného dodavatele Foxtrot Technologies svědčí pouze o tom, že jmenovaný vybraný dodavatel v roce 2008 neměl obecně v úmyslu prodávat zdrojové kódy k jím vytvořenému systému, avšak výše uvedené tvrzení jmenovaného vybraného dodavatele nikterak neprokazuje skutečnost, že obviněný vyvinul ve vztahu ke konkrétní přezkoumávané veřejné zakázce veškeré požadovatelné úsilí k tomu, aby předmětné zdrojové kódy, jakož i další technické informace (dokumentace architektury systému, dokumentace jeho datových struktur, dokumentace použití nástrojů třetích stran, aj.) potřebné k úpravě předmětného informačního systému², od vybraného dodavatele získal. V daném případě tak nelze vyloučit například situaci, že pokud by byl obviněný ochoten pořídit daný informační systém včetně potřebných zdrojových kódů, byť za vyšší pořizovací cenu (úměrnou předávanému know-how jmenovaného vybraného dodavatele), mohl vybraný dodavatel Foxtrot Technologies v tomto konkrétním případě přistoupit na požadavky obviněného a předat mu zdrojové kódy společně s informačním systémem. Pro úplnost Úřad dodává, že k argumentaci obviněného ohledně případné nehospodárnosti pořízení zdrojových kódů se Úřad podrobněji vyjadřuje níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Obviněný však v šetřeném případě Úřadu nedoložil, že by v době pořízení daného systému vyvinul alespoň výše uvedenou snahu pořídit daný systém včetně zdrojových kódů za úměrnou pořizovací cenu. Obviněný tak v šetřeném případě neunesl důkazní břemeno upravené v § 21 odst. 1 zákona o přestupcích ohledně jím tvrzené skutečnosti, že jakožto právnická osoba za spáchaný přestupek neodpovídá.

² Pokud Úřad dále v odůvodnění svých závěrů zmiňuje pojem „zdrojové kódy“ k informačnímu systému, má tím na mysli nejen samotné zdrojové kódy, ale též veškeré další technické informace potřebné k úpravě daného systému.

171. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uvádí, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle 63 odst. 3 písm. c) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna a zadavatel se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného dodavatele Foxtrot Technologies při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 nemůže účinně odvolávat.

K posouzení postupu obviněného s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti

172. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 dále uvedl, že pokud Úřad i po zohlednění předsedou Úřadu uvedených dílčích aspektů dospěje k závěru, že obviněný si stav exkluzivity skutečně zavinil sám, pročež se ho nemohl dovolávat, což Úřad dovodil v předchozí pasáži odůvodnění tohoto rozhodnutí, má se Úřad dále zabývat posouzením předmětů šetřených veřejných zakázek s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti, a to konkrétně zda jsou šetřené informační systémy prvky kritické infrastruktury, zda obviněnému ze zákona o kybernetické bezpečnosti plyne nějaká povinnost, jejíž splnění není možné bez omezení či vyloučení hospodářské soutěže, případně zda byl daný postup obviněného přiměřený a nebylo možné zajistit splnění uvedených povinností prostřednictvím mírnějšího omezení hospodářské soutěže než použitím jednacího řízení bez uveřejnění. Ačkoliv tedy obviněný původně odůvodňoval zadání předmětné veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 ochranou výhradních práv a nikoliv nutností zohlednění požadavků na zajištění bezpečnosti prvku kritické informační infrastruktury, Úřad se přesto s ohledem na závazný právní názor předsedy Úřadu vyslovený ve výše citovaném rozhodnutí v této části odůvodnění zaměřil na posouzení výše uvedených skutečností souvisejících se zákonem o kybernetické bezpečnosti, k čemuž uvádí následující.
173. K posouzení otázky, zda je předmětný informační systém AisView provozovaný obviněným prvkem kritické informační infrastruktury, Úřad uvádí, že obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 9. 5. 2019 zaslání Úřadu v rámci šetřeného řízení o přestupcích předložil přípis Národního centra kybernetické bezpečnosti č. j. 8100/2015-NBÚ/41 ze dne 26. 10. 2015, v němž Národní centrum kybernetické bezpečnosti uvědomilo obviněného o tom, že Národní bezpečnostní úřad určil opatřením obecné povahy prvky kritické infrastruktury na území České republiky v odvětví VI. Komunikační a informační systémy, oblasti kybernetické bezpečnosti, přičemž v příloze č. 2 „Podrobná tabulka určených prvků KII“ citovaného přípisu jsou definovány prvky kritické infrastruktury spravované obviněným následovně: „*Informační a komunikační systémy ŘLP, s. p. zajišťující přibližovací službu řízení a letištní službu řízení letiště určeného jako kritická infrastruktura a oblastní službu řízení poskytující letové provozní služby, včetně řízení letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky*“. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že předmětný informační systém AisView spadá pod výše zmíněné definiční znaky kritické infrastruktury provozované obviněným, neboť se jedná o informační systém obviněného poskytující letové provozní služby v civilním letectví prostřednictvím poskytování leteckých a meteorologických informací vhodnou formou uživatelům zahrnujícím piloty, uživatele dronů, orgány státní správy (Úřad pro civilní letectví, Ministerstvo dopravy, Ministerstvo obrany, Leteckou amatérskou asociaci), provozovatele letecké záchranné služby, aerokluby, letecké školy a ostatní leteckou veřejnost, tudíž prostřednictvím daného systému AisView je zajišťována služba řízení letového provozu ve vzdušném provozu České republiky. Úřad proto konstatuje, že

informační systém AisView je prvkem kritické informační infrastruktury provozované obviněným.

174. V návaznosti na výše učiněný závěr se Úřad dále zabýval otázkou, zda zákon o kybernetické bezpečnosti obviněnému ukládá takové povinnosti, jejichž splnění není možné bez omezení či vyloučení hospodářské soutěže, případně zda byl v šetřeném případě přiměřený postup obviněného spočívající v zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění.
175. Podle § 4 odst. 2 zákona o kybernetické bezpečnosti jsou orgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) citovaného zákona *[pozn. Úřadu – do uvedeného výčtu spadají rovněž osoby provozující informační systém kritické informační infrastruktury]* povinny zavést a provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti informačního systému kritické informační infrastruktury, komunikačního systému kritické informační infrastruktury, informačního systému základní služby a významného informačního systému a vést o nich bezpečnostní dokumentaci.
176. Výše uvedeným bezpečnostním opatřením se podle § 4 odst. 1 zákona o kybernetické bezpečnosti rozumí souhrn úkonů, jejichž cílem je zajištění bezpečnosti informací v informačních systémech a dostupnosti a spolehlivosti služeb a sítí elektronických komunikací v kybernetickém prostoru.
177. Podle § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti jsou orgány a osoby uvedené v § 3 písm. c) až f) citovaného zákona povinny zohlednit požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření při výběru dodavatele pro jejich informační nebo komunikační systém a tyto požadavky zahrnout do smlouvy, kterou s dodavatelem uzavřou. Zohlednění požadavků vyplývajících z bezpečnostních opatření podle věty první v míře nezbytné pro splnění povinností podle tohoto zákona nelze považovat za nezákonné omezení hospodářské soutěže nebo neodůvodněnou překážku hospodářské soutěži.
178. Z výše citovaných ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti tak vyplývá povinnost obviněného zavést a provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti informačního systému, přičemž uvedená bezpečnostní opatření jsou definována obecně jako souhrn úkonů, jejichž cílem je zajištění bezpečnosti informací v informačních systémech a dostupnosti a spolehlivosti služeb a sítí elektronických komunikací v kybernetickém prostoru. Zohlednění požadavků z výše uvedených bezpečnostních opatření nelze dle citovaného zákona vnímat jako nezákonné omezení hospodářské soutěže.
179. Ačkoliv tedy zákon o kybernetické bezpečnosti připouští jisté omezení hospodářské soutěže v souvislosti se zohledněním bezpečnostních opatření zadavatelem, nelze optikou Úřadu z výše uvedeného nikterak dovozovat závěr, že samotná skutečnost, že předmětný informační systém je prvkem kritické informační infrastruktury, může být akceptována jako důvod pro úplné vyloučení hospodářské soutěže použitím jednacím řízení bez uveřejnění. V případě takového výkladu by totiž posléze mohla být jakákoliv veřejná zakázka související s každým takovým informačním systémem zadávána bez dalšího v jednacím řízení bez uveřejnění popírajícím primární účel zákona, kterým je zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky.

180. Obviněný v šetřeném případě argumentuje, že z bezpečnostních důvodů bylo v daném případě nutné maximálně omezit počet subjektů majících technické informace o fungování systému kritické informační infrastruktury, protože je nemyslitelné, aby obviněný, pokud by disponoval příslušnými zdrojovými kódy, opakovaně zadával veřejné zakázky na rozvoj takového systému v otevřeném řízení a poskytoval tak uvedené zdrojové kódy neomezenému okruhu potenciálních dodavatelů.
181. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-337/05 ze dne 8. 4. 2008, Evropská komise v. Italská republika, v němž soudní dvůr uvedl, že „*nutnost uložit povinnost důvěrnosti sama o sobě nebrání použití výběrového řízení na zadávání zakázek*“, jakož i na rozsudek Soudního dvora Evropské unie sp. zn. C-187/16 ze dne 20. 3. 2018, Evropská komise v. Rakouská republika, v němž je konstatováno: „*Mimoto Soudní dvůr rovněž rozhodl, že důvěrnost údajů lze zajistit prostřednictvím povinnosti zachovávat mlčenlivost, aniž by bylo nutné porušit postupy v oblasti zadávání veřejných zakázek (obdobně viz rozsudek ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie, C-3/88, EU:C:1989:606, bod 15). ... Je však třeba zdůraznit, že rakouské orgány mají možnost vložit do podmínek, kterými se řídí zadávací řízení pro účely zadání dotčených veřejných zakázek, ustanovení, která ukládají úspěšnému uchazeči obecnou povinnost zachovávat důvěrnost, jakož i stanovit, že podnik ucházející se o veřejnou zakázku, který není s to, zejména z důvodu právních předpisů svého členského státu, poskytnout dostatečné záruky dodržování této povinnosti vůči orgánům tohoto státu, bude ze zadávacího řízení vyloučen. Rakouské orgány mohou rovněž upravit ukládání sankcí úspěšnému uchazeči, zejména sankcí smluvních, v případě nedodržení této povinnosti v průběhu plnění dotčené zakázky.*“ Z výše uvedených rozsudků Soudního dvora Evropské unie tak vyplývá, že důvěrnost údajů (v šetřeném případě zdrojových kódů, resp. dalších technických informací potřebných k úpravě předmětného informačního systému) sama o sobě nebrání použití některého z „otevřenějších“ druhů zadávacích řízení, než jednacích řízení bez uveřejnění, neboť dostatečným způsobem zajištění důvěrnosti takových údajů může být i úprava zadávacích podmínek dané veřejné zakázky ve smyslu zakotvení povinnosti mlčenlivosti ohledně takto poskytnutých informací pro uchazeče, kteří se s těmito informacemi seznámí, spolu s nastavením odpovídajících sankcí za porušení takové povinnosti, případně lze omezit účast v daném zadávacím řízení pouze konkrétním subjektům, kteří prokazatelně neposkytují záruky dodržování uvedených povinností mlčenlivosti.
182. V této souvislosti lze odkázat rovněž na metodiku NÚKIB ze dne 4. 1. 2019³ konkretizující možné postupy správců informačních a komunikačních systémů spadajících pod zákon o kybernetické bezpečnosti, v jejímž bodě 6. „Zajištění souladu postupu podle ZKB se zákonem o zadávání veřejných zakázek“ je uvedeno: „*NÚKIB upozorňuje, že níže uvedené nastiňuje možnosti správců systémů při zajištění splnění povinností podle ZKB v souladu s předpisy regulujícími zadávání veřejných zakázek. Aplikaci níže nastiňených postupů je však třeba vždy zvažovat ve světle skutkových okolností konkrétního případu. K rozhodování o tom, zda je postup zadavatele souladný s pravidly obsaženými v zákoně o zadávání veřejných zakázek, je pak příslušný Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, nikoli NÚKIB. Obecně musí zadavatel při zadávání veřejných zakázek postupovat podle zákona č. 134/2016*

³ dostupnou na internetové adrese https://www.govcert.cz/download/kii-vis/2019_01_04_metodika_k_varov%C3%A1n%C3%AD_z_17-12-2018_v1.0.pdf

Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“). Tento zákon v § 36 odst. 1 stanoví, že zadavatel nesmí vytvářet při stanovování zadávacích podmínek „bezdůvodné překážky hospodářské soutěže“. V případě, že oprávněná autorita (zde NÚKIB), která k tomuto kroku disponuje zákonným zmocněním (zde v § 22 písm. b) ZKB), vydává akt (zde varování), který může v konkrétních případech vést k omezení hospodářské soutěže, nemůže být dodržení tohoto omezení při tvorbě zadávacích podmínek považováno za vytváření bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Tedy hospodářskou soutěž v tomto případě lze omezit již při stanovení zadávacích podmínek a nejedná se tím o porušení ZZVZ.“ Z výše uvedeného stanoviska NÚKIB tak rovněž vyplývá, že omezení hospodářské soutěže skrze požadavky vyplývající z bezpečnostních opatření lze ze strany zadavatele řešit formou úpravy zadávacích podmínek veřejné zakázky (např. ve smyslu omezení účasti konkrétním subjektům, vůči nimž bylo ze strany NÚKIB vydáno varování), přičemž citovaný dokument nikterak nezmiňuje nutnost použít bezpečnostní opatření automaticky v podobě zadání předmětného plnění v jednacím řízení bez uveřejnění.

183. I s ohledem na výše uvedené proto Úřad dospěl k názoru, že v šetřeném případě neobstojí argumentace obviněného spočívající v nutnosti zajištění bezpečnosti předmětného informačního systému, jakožto prvku kritické informační infrastruktury, jako důvod pro zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění.
184. Nad rámec toho Úřad uvádí, že v rámci posouzení dané problematiky Úřad rovněž usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 vyzval obviněného k písemnému sdělení, z jakého důvodu nebylo možné v případě veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 učinit jiná bezpečnostní opatření (ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti) k zajištění kybernetické bezpečnosti předmětného informačního systému, kterými by došlo k mírnějšímu omezení hospodářské soutěže, než použít pro zadání citované veřejné zakázky jednacím řízení bez uveřejnění, resp. splnění kterých konkrétních povinností obviněného vyplývajících ze zákona o kybernetické bezpečnosti by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacím řízení bez uveřejnění. Obviněný v návaznosti na tuto výzvu Úřadu ve svém vyjádření ze dne 4. 12. 2019 sdělil, že svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 neodůvodňoval skutečností, že je provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury, nýbrž autorskoprávními důvody. Obviněný dále uvedl, že v rámci svých předchozích vyjádření pouze obecně konstatoval a nadále trvá na tom, že s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti by měl být z bezpečnostních důvodů maximálně omezen počet subjektů, kteří mají technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury, přičemž žádnou bližší argumentaci obviněný k této otázce nepředložil. V návaznosti na výše uvedené Úřad uzavírá, že ani sám obviněný v šetřeném případě neoznačil žádnou konkrétní povinnost plynoucí ze zákona o kybernetické bezpečnosti, jejíž splnění by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž stejně tak ani Úřad existenci žádné takové konkrétní povinnosti obviněného neshledal. Jak přitom Úřad uvedl výše, v daném případě nepředstavovala povinnost obviněného zajistit bezpečnost daného informačního systému důvod pro oprávněné zadání citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

185. Úřad však na tomto místě obdobně jako v předchozím zrušeném prvostupňovém rozhodnutí zdůrazňuje skutečnost, že obviněný zdrojovými kódy a informacemi potřebnými k úpravě předmětného informačního systému vůbec nedisponoval. V takovém případě tudíž nelze dle Úřadu akceptovat argumentaci obviněného odůvodňující oprávněnost použití jednacímho řízení bez uveřejnění „ochranou“ dat v situaci, kdy obviněný těmito daty ani reálně nedisponuje a nemá tak plnou kontrolu nad jejich využitím. V každém případě Úřad zastává názor, že samotná skutečnost, že předmětný informační systém je prvkem kritické informační infrastruktury, není automaticky důvodem pro oprávněné použití jednacímho řízení bez uveřejnění.
186. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že ve vztahu k postupu obviněného spočívajícího v zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění zohlednil veškeré skutečnosti, k jejichž posouzení byl povinován rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, přičemž i po zvážení těchto skutečností Úřad setrvává na svém závěru, že postup obviněného v jednacím řízení bez uveřejnění byl nezákonný.

K argumentaci obviněného týkající se hospodárnosti jím zvoleného postupu

187. Z Investičního záměru AisView 3 – Release 2017 vyplývá, že obviněný zvolil upgrade a aktualizaci informačního systému AisView, namísto pořízení nového informačního systému, který by ten stávající nahradil.
188. Tento postup je ve zmíněném investičním záměru zdůvodněn zásadou hospodárnosti a efektivnosti nakládání s veřejnými prostředky, protože podle tohoto investičního záměru by vybudování nového systému bylo několikanásobně nákladnější než pouhá aktualizace informačního systému. Dále je v citovaném investičním záměru uvedeno, že by došlo ke znehodnocení dosavadních investic do již fungujícího informačního systému, přičemž lze s velkou mírou pravděpodobnosti předpokládat, že vybudování nového informačního systému by bylo investičně náročnější, než je součet dosavadních investic do stávajícího informačního systému i po započítání požadovaných úprav. Nadto je v Investičním záměru AisView 3 – Release 2017 uvedeno, že jiné varianty zadání předmětu této veřejné zakázky není možné zrealizovat, a to jednak z důvodu možné nekompatibility a neúplné funkčnosti všech funkcí s dopadem na bezpečnost systému, a též z důvodu nevhodnosti a neúměrně vysoké finanční, technické a časové náročnosti při poptávání zcela nového systému.
189. Ve vyjádření ze dne 9. 5. 2019 rozvíjí obviněný argumentaci, že pořízení zdrojových kódů informačního systému by bylo nevhodné, přičemž ani zisk těchto zdrojových kódů by nemusel stačit k následnému vývoji informačního systému. K tomu je dle slov obviněného potřeba také dokumentace architektury systému, dokumentace jeho datových struktur, dokumentace použití nástrojů třetích stran, a v neposlední řadě také návazné kontinuální poskytování aktualizovaných verzí zdrojových kódů informačního systému. Podle obviněného by pak bylo potřeba i pořízení know-how k předmětnému informačnímu systému, aby vývoj a aktualizace mohla provádět osoba odlišná od tvůrce. Obviněný pak ve zmíněném vyjádření uvádí, že „poskytnutí zdrojového kódu v dostatečné kvalitě a získání práva počítačový program užívat tak, aby byly možné jeho pozdější změny umožňující jeho údržbu a rozvoj, jsou nevyhnutelně spojeny s navýšením ceny za dodání tohoto počítačového

programu.“ Dále v tomto vyjádření obviněný vyjadřuje názor, že rozhodnou skutečností pro posuzování zákonnosti postupu obviněného má být posouzení ekonomického aspektu, tedy zda zájem na hospodářské soutěži o část celku odůvodňuje zmaření investice, která do tohoto celku již byla obviněným vložena, a zároveň navrhuje, aby Úřad provedl vlastní posouzení zmíněných ekonomických aspektů, a dodává, že podle zákona nebylo jeho povinností provádět ekonomická posouzení před použitím jednacímho řízení bez uveřejnění, a to i s ohledem na fakt, že „ekonomická nevýhodnost nahrazení původního plnění je zřejmá již prima facie.“

190. K uvedeným aspektům hospodárnosti Úřad předně konstatuje, že z ustálené rozhodovací praxe správních soudů, jakož i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, vyplývá, že zásadě hospodárnosti zadávání veřejných zakázek, jejímž naplněním obviněný mj. odůvodňuje použití jednacímho řízení bez uveřejnění v šetřeném případě, nemá a nemůže být automaticky přiznána aplikační přednost před povinností postupovat v zadávacím řízení veřejné zakázky podle zákona. Primárním účelem zákona je totiž zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky, přičemž vedle obecných principů hospodárného nakládání s veřejnými prostředky musí být ve vztahu k zákonu dodržována i zásada transparentnosti a přiměřenosti a zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace. K výše uvedenému odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 112/2013-131 ze dne 15. 10. 2015, kterým bylo konstatováno, že *„sama zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacímho řízení bez uveřejnění zákonem striktně stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“* Jak vyplývá z posledně citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně, jakož i z bodů č. 116. a 117. odůvodnění tohoto rozhodnutí, jednacím řízení bez uveřejnění je koncipováno jako výjimečný druh zadávacímho řízení, a jako takové má být i využíváno, přičemž vždy je nutné trvat na restriktivním výkladu příslušných ustanovení zákona (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Af 95/2013-74 ze dne 13. 1. 2015 či rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs ze dne 11. 6. 2015).
191. K výše uvedenému Úřad konstatuje, že účelem zákona je dle rozhodovací praxe zajištění podmínek pro vytvoření hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, jímž je dosahováno efektivního vynakládání veřejných prostředků (srov. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R173/2014/VZ-13930/2015/321/IPs ze dne 11. 6. 2015, či rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0004/2017/VZ-10823/2017/541/MSc ze dne 28. 3. 2017). Z posledně citovaných rozhodnutí je patrné kladení důrazu na zajištění podmínek pro vytváření efektivní hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí. Jak Úřad konstatoval výše, sama zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti zadávání veřejných zakázek, projevující se právě zajištěním co nejširší hospodářské soutěže mezi dodavateli.
192. K výše uvedenému Úřad pro úplnost uvádí, že nepopírá, že zvolená varianta zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění mohla být zadavatelem z aktuálního pohledu vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, avšak v daném případě nelze odhlédnout od skutečnosti, že k danému informačnímu systému bylo za dobu jeho fungování uzavřeno množství navazujících smluv o dílo (jak vyplývá z bodu 128. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kterými měl být zajištěn vývoj a aktualizace tohoto informačního

systemu. S ohledem na množství navazujících smluv o dílo nelze dle Úřadu dovozovat, že by opakované zadávání plnění zajišťujících úpravy daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění bylo hospodárnějším řešením, než realizace předmětných úprav prostřednictvím zadání těchto plnění např. v otevřeném řízení, v rámci něhož se na rozdíl od jednacím řízení bez uveřejnění uplatní hospodářská soutěž o veřejnou zakázku mezi potenciálními dodavateli, a vybraný dodavatel Foxtrot Technologies by byl v takovém případě mj. nucen odpovídajícím způsobem snížit svou nabídkovou cenu s ohledem na existenci konkurenčního prostředí. K dokreslení tohoto závěru odkazuje Úřad na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0345/2017/VZ-29880/2017/511/ŠKm ze dne 13. 10. 2017, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0197/2017/VZ-00304/2018/322/AHo ze dne 4. 1. 2018, ve kterém bylo konstatováno, že „[p]ostup, kdy zadavatel opakovaně uzavírá s vybraným uchazečem smlouvy o provozování a úpravách systému, nelze považovat za hospodárný, resp. hospodárnější, než kdyby předmětné služby byly zajišťovány dlouhodobě dodavatelem vybraným např. na základě otevřeného řízení. Sama zásada hospodárnosti nemůže odůvodnit zadání VZ v JŘBU.“

193. Zásadní však zůstává skutečnost, že obviněným tvrzená hospodárnost nemůže odůvodnit zadávání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Omezení, případně úplné vyloučení hospodářské soutěže, ke kterému dochází při použití jednacím řízení bez uveřejnění, je striktně vázáno na splnění zákonných podmínek pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, přičemž zásadou hospodárnosti v postupu zadavatele nemůže být legitimizován postup zadavatele pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, kde je zcela potlačena hospodářská soutěž a ta je, jak Úřad uvedl výše, primárním cílem zákona. Samotné dodržení zásady hospodárnosti (které se navíc může projevit pouze v krátkodobém horizontu) tedy nemůže mít za následek vyloučení zásad zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 zákona. Výše uvedené závěry Úřadu vychází z aktuální judikatury, na kterou je v odůvodnění tohoto rozhodnutí opakovaně odkazováno.

K posouzení vlivu postupu obviněného na výběr dodavatele

194. Závěrem této části odůvodnění Úřad přistoupil k posouzení vlivu spáchání výše uvedeného přestupku obviněným na výběr dodavatele. Výše popsany nezákonný postup obviněného mohl ovlivnit výběr dodavatele u předmětné veřejné zakázky, neboť použitím jednacím řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacím řízení zúčastnit, resp. zcela vyloučil možnost účasti jakýchkoliv jiných dodavatelů, než vybraného dodavatele Foxtrot Technologies. Nelze tak vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával danou veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším druhu zadávacím řízení, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější nabídky, než výše jmenovaný vybraný dodavatel. Úřad k tomuto pro úplnost dodává, že pro naplnění dikce ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona postačí pouhá možnost ovlivnění výběru dodavatele, tudíž úvaha nad potencialitou ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je součástí legitimního správního uvážení.
195. K uvedenému Úřad dodává, že jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky (které je oproti předchozímu zákonu o veřejných zakázkách v terminologii zákona označováno jako výběr dodavatele), postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jak rovněž vyplývá z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne

20. 3. 2012. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Úřad pro úplnost dodává, že ačkoliv se shora popsané závěry předsedy Úřadu a příslušných rozsudků krajského soudu týkaly spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách, jsou plně aplikovatelné i na šetřený případ, neboť skutková podstata protiprávního jednání podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona doznala změny toliko v tom smyslu, že pro její naplnění již není rozhodné, zda se jedná o podstatné či nepodstatné ovlivnění výběru dodavatele, jinými slovy pro její naplnění postačí potenciální vliv na výběr dodavatele bez specifikace intenzity tohoto vlivu. Úřad dále uvádí, že s přijetím zákona o přestupcích již není předmětné nezákonné jednání zadavatele označováno jako „správní delikt“, nýbrž jako „přestupek“.

196. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 jednacím řízením bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele Foxtrot Technologies zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 133/126/08“ ze dne 19. 9. 2008 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo AisView 3 – Release 2017. S ohledem na výše uvedené důvody Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí (veřejná zakázka Release TIS 2017)

Skutečnosti předcházející zadání veřejné zakázky Release TIS 2017

197. Z obdržené dokumentace i z vyjádření obviněného k žádosti Úřadu o sdělení informací a zaslání dokumentů ze dne 5. 6. 2018 vyplývá, že k softwarovému produktu TIS byly během let 2003 až 2017 uzavřeny mezi obviněným a vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS následující smlouvy:
- a) Příloha č. 18 ke Smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 23. 9. 2003 (dále jen „původní smlouva Release TIS“),
 - b) Příloha č. 25 ke Smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 2. 7. 2004,
 - c) Smlouva o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005,
 - d) Smlouva o dílo č. 156/113/08 ze dne 9. 9. 2008,
 - e) Smlouva o dílo č. 024/113/09 ze dne 18. 3. 2009,
 - f) Smlouva o dílo č. 060/113/09 ze dne 29. 6. 2009,
 - g) Smlouva o dílo č. 102/113/09 ze dne 24. 9. 2009,
 - h) Smlouva o dílo č. 096/113/10 ze dne 19. 8. 2010,
 - i) Smlouva o dílo č. 113/113/11 ze dne 19. 10. 2011,

- j) Smlouva o dílo č. 114/113/11 ze dne 19. 10. 2011,
 - k) Smlouva o dílo č. 044/113/12 ze dne 3. 5. 2012,
 - l) Smlouva o dílo č. 217/2013/IS/113 ze dne 15. 8. 2013,
 - m) Smlouva o dílo č. 214/2014/IS/113 ze dne 2. 9. 2014,
 - n) Smlouva o dílo č. 378/2015/IS/113 ze dne 11. 11. 2015,
 - o) Smlouva o dílo č. 084/2017/IS/113 ze dne 19. 4. 2017 (dále jen „smlouva o dílo Release TIS 2017“).
198. Z původní smlouvy Release TIS vyplývá, že systém TIS byl implementován v systému CMOS, který byl vytvořen dodavatelem CS SOFT s.r.o., IČO 25781723, se sídlem Kamýčká 939, 165 00 Praha 6 (dále jen „dodavatel CS SOFT“) na základě Smlouvy o dílo č. 3150/2127/00 ze dne 13. 10. 2000.
199. Smlouvou o převzetí vývoje, záruk a servisu monitorovacích systémů č. 12/07 ze dne 22. 3. 2007 uzavřenou mezi obviněným, dodavatelem CS SOFT a společností ELCOM SOLUTIONS, s.r.o., IČO 27396649, se sídlem Hasičská 930/53, 700 30 Ostrava (dále jen „dodavatel ELCOM“) došlo k převodu všech práv, závazků a povinností k softwarovým produktům TIS a CMOS z dodavatele CS SOFT na dodavatele ELCOM. Rozhodnutím ze dne 29. 10. 2008 pak došlo ke změně obchodní firmy dodavatele ELCOM na obchodní firmu „ELVAC SOLUTIONS s.r.o.“
200. V původní smlouvě Release TIS, na základě které se implementoval systém TIS v systému CMOS, je v čl. 5 „Závěrečná ustanovení“ v odstavci 5.3. uvedeno, že *„[t]ato Příloha číslo 18 ke Smlouvě o dílo obsahuje specifikaci konkrétní dodávky mezi oběma smluvními stranami. Pokud v této Příloze číslo 18 ke Smlouvě o dílo není uvedeno jinak, v ostatním se smluvní vztah řídí textem Smlouvy o dílo samé, tj. Smlouvy o dílo číslo 3014/2083/02, podepsané dne 26. 6. 2002, která má v souladu s ustanovením § 273 obchodního zákoníku v platném znění charakter obchodních podmínek sjednaných mezi oběma smluvními stranami.“* Ve smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 26. 6. 2002 je v čl. 10 „Vlastnické právo a nebezpečí škody“ v odstavci 10.1 uvedeno, že *„[p]ředmět této Smlouvy o dílo, počítačové programy, databáze a dokumentace zhotovené na základě této smlouvy je autorským dílem ve smyslu autorského zákona č. 121/2000 Sb. s tím, že majetková práva k němu se vážící se po úspěšně ukončené převímce stávají výhradním majetkem Objednatele. Zhotovitel nemá právo bez souhlasu Objednatele s nimi jakkoliv nakládat. Toto se vztahuje i na veškerou dokumentaci, která souvisí s plněním předmětu této Smlouvy o dílo, včetně dílčích verzí dokumentací, přípravných podkladů a závěrečných zpráv i ostatních podkladů a informací s ním souvisejících.“*, přičemž v odstavci 10.3. citované smlouvy o dílo *„[z]hotovitel prohlašuje, že je jediným oprávněným nositelem majetkových práv k dílu, tj. k nově vytvořenému SW. Počítačový program byl vytvořen na objednávku tak, jak je v této smlouvě uvedeno a Zhotovitel poskytuje Objednateli neomezenou výhradní licenci k užití tohoto díla.“*

Skutečnosti týkající se zadání veřejné zakázky Release TIS 2017

201. Z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou Release TIS 2017 vyplývá, že v bodě 2. „Druh veřejné zakázky“ výzvy Release TIS 2017 zadavatel uvedl, že veřejná zakázka Release TIS 2017 je klasifikována jako nadlimitní veřejná zakázka na služby, přičemž se jedná

o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacního řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť z důvodu ochrany výhradních práv může být daná veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem, a to vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS.

202. Z bodu 3. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy Release TIS 2017 vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky Release TIS 2017 byla úprava chování systému TIS na základě uživatelských požadavků, úprava na základě požadavků daných směrnicemi ŘLP, s.p., ÚCL a další legislativou.

203. Z čl. II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 4. 2017 vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky Release TIS 2017 byla zadavatelem stanovena ve výši 6 400 000,- Kč bez DPH.

204. Z poskytnuté dokumentace vyplývá, že obviněný uzavřel dne 19. 4. 2017 s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky Release TIS 2017, ze které vyplývá, že obviněný poptával od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS „vytvoření díla (dále jen „dílo“) pod názvem „Release TIS 2017“, jehož předmětem je další rozvoj systému TIS“, přičemž předmětem této smlouvy byla „úprava chování systému TIS na základě uživatelských požadavků. Je požadováno realizovat softwarové úpravy systému TIS:

- Aktualizovat verzi DevExpress na verzi 16.1.8
- Optimalizovat načítání dat v modulu kabeláž
- Rozšířit a doplnit systém pro podporu uvádění ATM systému do provozu (Kiwi) o nové požadavky plynoucí z platných směrnic
- Spustit webový server pro TIS na novém IIS
- Realizovat možnost zobrazit výsledky SQL dotazu přímo v gridu aplikace TIS
- Rozšířit a doplnit modul kabeláže
- Realizovat modul pro evidenci bezpečnostních incidentů
- Realizovat webové rozhraní pro modul bezpečnostních incidentů
- Realizovat Web pro podporu žádostí ATMS, a vyjádření PA/MA k závadě
- Realizovat Evidenci nápravních opatření a nálezů pro podporu práce AI.“

Celková konečná hodnota této zakázky činila 6 360 640 Kč bez DPH.

205. V čl. 4.1 části 4. „Autorská práva“ smlouvy o dílo Release TIS 2017 je uvedeno, že „[z]hotovitel uděluje objednateli právo dílo a Systém užit (dále jen „licenci“), a to v rozsahu a za podmínek touto smlouvou a smlouvou o úschově zdrojových kódů (viz níže odst. 4.3) stanovených. Licence se poskytuje jako nevýhradní, časově, místně ani jinak neomezené právo dílo užit, a to ke všem způsobům užití.“

206. V čl. 4.2 smlouvy o dílo Release TIS 2017 se dále uvádí, že „[p]ro vyloučení pochybností strany prohlašují, že veškerá data, konfigurace, uživatelská nastavení či šablony pořízené pomocí díla nebo v něm obsažené jsou předmětem majetkových práv autorských objednatel

a zhotovitel je pouze oprávněn je užít v rámci poskytování plnění dle této smlouvy, a to na základě výslovného pokynu objednatele.“

207. *Dle čl. 4.3 výše uvedené smlouvy o dílo Release TIS 2017 „[p]ro případ opakovaného neplnění smlouvy zhotovitelem, ukončení vývoje Systému ze strany zhotovitele, odmítnutí nebo neschopnosti uzavřít ze strany zhotovitele smlouvu na další rozvoj Systému, zániku zhotovitele, úpadku zhotovitele nebo při jeho likvidaci je uzavřena smlouva o úschově zdrojových kódů č.157/2015/PS/088 ve které jsou stanoveny podmínky, za kterých mohou být objednateli zpřístupněny zdrojové kódy k Systému.“*
208. *Smlouva o úschově zdrojových kódů č. 157/2015/PS/088 ze dne 12. 5. 2015 (dále jen „smlouva o úschově zdrojových kódů“) v čl. 1.2. a 1.3. části 1. „Úvodní ustanovení“ zmiňuje, že „[s]mluvní strany prohlašují, že na základě Smluv byly Zhotovitelem vytvořeny systémy s názvem CMOS a TIS, blíže definované v Příloze č. 2, které jsou autorským dílem ve smyslu zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚Systémy‘). Na základě Smluv poskytuje Zhotovitel Objednateli servis a údržbu Systému, v důsledku které může dojít ke změnám zdrojových kódů Systémů. Součástí Systémů (či jejich částí) uvedených v předchozím odstavci nejsou Zdrojové kódy, které představují samostatný produkt. Dodavatel a Objednatel se nicméně dohodli na tom, že Objednateli se poskytují Zdrojové kódy k Systémům s tím, že Objednatel je oprávněn použit je jen a pouze v případech a za podmínek specifikovaných dále v této Smlouvě.“*
209. *V čl. 2.5. části 2. „Účel a předmět smlouvy“ smlouvy o úschově zdrojových kódů jsou definovány případy, za kterých je zadavatel oprávněn získat přístup ke zdrojovým kódům systému TIS. Jedná se o případy, kdy „dojde k zániku Zhotovitele bez právních nástupců; nebo (...) nabude právní moci rozhodnutí insolvenčního soudu o úpadku Zhotovitele (...) dojde k nájmu podniku Zhotovitele třetí osobou bez souhlasu Objednatele; nebo (...) Objednatel platně a účinně odstoupí od některé ze Smluv, a to v důsledku podstatného porušení povinností ze strany Zhotovitele. (...) Zhotovitel není schopen z vážných důvodů po dobu delší než 3 (tři) měsíce zajišťovat servis a rozvoj Systémů. (...) Zhotovitel při poskytování služeb servisu a rozvoje Systémů tyto služby poskytuje za zjevně nevýhodných podmínek; (...) Zhotovitel vypoví některou ze Smluv, na jejímž základě poskytuje Objednateli servis a rozvoj Systémů a do 3 (tří) měsíců ode dne takové výpovědi neuzavře s Objednatelem v souladu se zákonem novou smlouvu za obdobných podmínek (...).“ V čl. 2.7. výše zmíněné smlouvy o úschově zdrojových kódů je pak uvedeno, že „[z]íská-li Objednatel v souladu s odst. 2.5 této Smlouvy přístup ke zdrojovým kódům Systémů, získává zároveň také oprávnění zasahovat do Systému, měnit jej a upravovat jej či spojovat jej s jinými autorskými díly, a to jak sám, tak i prostřednictvím třetích osob.“*
210. *V části 5. „Platnost a účinnost Smlouvy“ smlouvy o úschově zdrojových kódů je v čl. 5.2. uvedeno, že „[ú]činnost této Smlouvy neskončí dříve než účinnost všech Smluv, na jejichž základě je uzavírána. Ukončením účinnosti poslední ze Smluv skončí automaticky také účinnost této Smlouvy.“ V čl. 5.4. citované smlouvy je dále mimo jiné uvedeno, že každá ze smluvních stran je oprávněna odstoupit od smlouvy o úschově zdrojových kódů v případě podstatného porušení povinností druhou smluvní stranou, přičemž za podstatné porušení povinností se považuje mimo jiné pod bodem e) uvedená situace, že „[o]bjednatel ukončí rozvoj Systémů, tzn. deklaruje tuto vůli písemně Zhotoviteli nebo minimálně jedenkrát za 2 (dva) roky nebude mezi smluvními stranami uzavřena Smlouva o dílo na úpravu či doplnění*

Systémů; nebo Objednatel přestane objednávat Servisní podporu, resp. skončí-li z jakéhokoli důvodu účinnost některé ze smluv, na základě kterých poskytuje Zhotovitel Objednateli servis a údržbu Systému (a které jsou definovány v Příloze č. 1 k této Smlouvě), a Objednatel neuzavře se Zhotovitelem novou Servisní smlouvu nejpozději do 3 měsíců po ukončení účinnosti předchozí Servisní smlouvy.“ Pro případ ukončení účinnosti smlouvy o úschově zdrojových kódů je v čl. 5.8. předmětné smlouvy o úschově zdrojových kódů zřízeno předkupní právo obviněného: „V případě ukončení účinnosti této Smlouvy zřizuje tímto Zhotovitel ve prospěch Objednatele předkupní právo ke zdrojovým kódům Systemů, na základě kterého je Zhotovitel povinen nabídnout Objednateli ke koupi tyto zdrojové kódy Systému nejpozději do 2 (dvou) měsíců od ukončení účinnosti této Smlouvy s tím, že kupní cena bude stanovena znaleckým posudkem nezávislého soudního znalce, který bude vybrán v souladu s právními předpisy.“

211. V Písemné zprávě zadavatele k veřejné zakázce ze dne 19. 4. 2017 je uvedeno, že „[t]ato veřejná zakázka může být splněna z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem, a to společností ELVAC SOLUTIONS (...).“
212. V Investičním záměru na veřejnou zakázku Release TIS 2017 ze dne 6. 3. 2017 (dále jen „Investiční záměr Release TIS 2017“) se v části „Zdůvodnění výběru dodavatele“ uvádí, že „[d]le § 63 odst. 3 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚ZZVZ‘), zadavatel může použít jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen ‚ŘŘBU‘), pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně duševního vlastnictví. Předmětem veřejné zakázky je softwarová úprava systému TIS. Tento software byl vytvořen na základě smlouvy o dílo dodavatelem ELVAC SOLUTIONS s.r.o. (dále jen ‚dodavatel‘) již v roce 2000 a je považován za autorské dílo požívající ochrany dle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚autorský zákon‘). Dodavatel je tak držitelem autorských práv k předmětnému systému (...) Pro případ porušení této smlouvy byla s dodavatelem uzavřena též Smlouva o úschově zdrojových kódů (smlouva 157/2015/PS/088), na základě které mohou být ŘLP ČR, s.p. zpřístupněny zdrojové kódy, avšak pouze za speciálně stanovených podmínek, které nyní nejsou naplněny. ŘLP ČR, s.p. tak nedisponuje zdrojovými kódy, přičemž nevýhradní licence mu umožňuje dílo užít. Vedle práva dílo užít je však třeba odděleně vnímat právo na provedení změn, modifikací nebo jiných zásahů do díla.“ Zadavatel v citovaném investičním záměru dále uvedl, že „[d]odavateli ELVAC SOLUTIONS s.r.o. svědčí autorská práva k systému TIC, přičemž ŘLP ČR, s. p. nemá oprávnění do systému jakkoli zasahovat, upravovat jej či rozšiřovat.“
213. Z odstavce „Úvod“ Studie proveditelnosti pro Investiční akci: Release TIS 2017 ze dne 23. 2. 2017 (dále jen „studie proveditelnosti Release TIS 2017“) vyplývá, že „[s]ystém TIS je objektem rozvoje jednak na základě požadavků definovaných ve Střednědobém plánu, jednak na základě požadavků uživatelů.“ Účelem veřejné zakázky Release TIS 2017 je dle citované studie proveditelnosti „realizovat rozvoj systému TIS, tak, aby byl schopen pokrýt požadavky kladené na administrativní podporu činnosti uživatelů systému v rámci ŘLP ČR, s.p. v souladu s aktuálními postupy práce, případně aktuální legislativou“.

Právní posouzení

214. Úřad rovněž ve vztahu k výroku II. tohoto rozhodnutí nejprve uvádí, že rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 byl povinován k tomu, aby se při novém projednání části věci podrobněji zabýval otázkou zavinění vzniku stavu exkluzivity a posouzením předmětů šetřených veřejných zakázek s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti, jak již Úřad specifikoval výše v bodě 143. odůvodnění tohoto rozhodnutí ve vztahu k jeho výroku I. Úřad se proto i v rámci odůvodnění výroku II. tohoto rozhodnutí zaměřil mimo jiné na posouzení výše uvedených skutečností, přičemž jednotlivé nastíněné otázky Úřad taktéž rozebírá níže v rámci příslušných pasáží odůvodnění souvisejících s danou tematikou.
215. V šetřeném případě zadal obviněný veřejnou zakázku Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, které je podle tohoto ustanovení zákona zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna, pokud je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv duševního vlastnictví, pouze určitým dodavatelem.
216. Úřad uvádí, že z dokumentace předložené obviněným, konkrétně z výzvy Release TIS 2017, vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky Release TIS 2017 byla úprava chování systému TIS a softwarová úprava systému TIS.
217. Jak již Úřad konstatoval v obecné části odůvodnění týkající se použití jednacého řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky, pro posouzení souladu postupu obviněného se zákonem je třeba nejprve posoudit, zda byly v šetřené veřejné zakázce Release TIS 2017 naplněny podmínky pro použití jednacého řízení bez uveřejnění, a to jak podmínky formální, tj. zda byly dány objektivní autorskoprávní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, tak podmínky materiální, tj. zda obviněný stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS sám nezapříčinil, například v důsledku svého předchozího postupu při uzavírání smluv na plnění, na které šetřená veřejná zakázka navazuje či je rozvíjí.

K posouzení splnění formálních podmínek jednacého řízení bez uveřejnění

218. Ke splnění formální podmínky použití jednacého řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 Úřad uvádí, že systém TIS byl implementován v systému CMOS, který byl vytvořen dodavatelem CS SOFT na základě původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS ze dne 13. 10. 2000 uzavřené mezi obviněným a dodavatelem CS SOFT. Smlouvou o převzetí vývoje, záruk a servisu monitorovacích systémů č. 12/07 ze dne 22. 3. 2007 uzavřenou mezi obviněným, dodavatelem CS SOFT a dodavatelem ELCOM došlo k převodu všech práv, závazků a povinností k softwarovým produktům TIS a CMOS z dodavatele CS SOFT na dodavatele ELCOM. Rozhodnutím ze dne 29. 10. 2008 pak došlo ke změně obchodní firmy vybraného dodavatele ELCOM na obchodní firmu „ELVAC SOLUTIONS s.r.o.“ Samotný systém TIS byl implementován v systému CMOS na základě původní smlouvy Release TIS, ve které je v čl. 5 „Závěrečná ustanovení“ v odstavci 5.3. uvedeno, že „[t]ato Příloha číslo 18 ke Smlouvě o dílo obsahuje specifikaci konkrétní dodávky mezi oběma smluvními stranami. Pokud v této Příloze číslo 18 ke Smlouvě o dílo není uvedeno jinak, v ostatním se smluvní vztah řídí textem Smlouvy o dílo samé, tj. Smlouvy o dílo číslo 3014/2083/02, podepsané dne 26. 6. 2002, která má v souladu s ustanovením § 273 obchodního zákoníku v platném znění charakter obchodních podmínek sjednaných mezi oběma smluvními stranami.“ Ve smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 26. 6. 2002 je v čl. 10

„Vlastnické právo a nebezpečí škody“ v odstavci 10.3 uvedeno následující: „Zhotovitel prohlašuje, že je jediným oprávněným nositelem majetkových práv k dílu, tj. k nově vytvořenému SW. Počítačový program byl vytvořen na objednávku tak, jak je v této smlouvě uvedeno a Zhotovitel poskytuje Objednateli neomezenou výhradní licenci k užití tohoto díla.“ Před zadáním veřejné zakázky Release TIS 2017 byl obviněným zveřejněn Investiční záměr Release TIS 2017, kde se v části „Zdůvodnění výběru dodavatele“ uvádí, že předmětem veřejné zakázky je softwarová úprava systému TIS. Poté se ve zmíněném investičním záměru uvádí následující: „Tento software byl vytvořen na základě smlouvy o dílo dodavatelem ELVAC SOLUTIONS (...) již v roce 2000 a je považován za autorské dílo požívající ochrany dle zákona č. 121/2000 Sb. (...)“. Dále se v citovaném investičním záměru uvádí, že vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS je držitelem autorských práv k předmětnému systému a obviněný nedisponuje zdrojovými kódy k programu TIS, ale pouze licencí k užívání tohoto programu, která mu však neumožňuje změnu nebo jiný zásah do tohoto programu.

219. Z uvedeného je podle Úřadu zřejmé, že formální podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly v šetřeném případě splněny, neboť obviněný původní smlouvou Release TIS ze dne 23. 9. 2003 získal pouze licence podle autorského zákona k informačnímu systému, které mu neumožňovaly vývoj, modifikaci a změny tohoto systému bez udělení souhlasu ze strany vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Tento souhlas však nebyl obviněnému poskytnut, a současně není z dalšího vývoje jednotlivých smluvních vztahů na základě předchozích smluv k jednotlivým zakázkám zřejmé, že by došlo ke změně skutkových okolností, resp. že by v průběhu doby byla obviněnému poskytnuta neomezená licence včetně např. zdrojových kódů, která by umožnila navazující veřejné zakázky zadávat v „otevřenějších“ druzích zadávacího řízení, proto Úřad k tomuto uzavírá, že formální podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění při zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 byla ze strany obviněného splněna, neboť v daném případě prokazatelně vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS disponoval výhradními právy k předmětnému systému, která neumožňovala zadání dané veřejné zakázky v zadávacím řízení při zachování hospodářské soutěže mezi dodavateli.

K posouzení splnění materiálních podmínek jednacího řízení bez uveřejnění

220. Po posouzení splnění formálních podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění při zadávání veřejné zakázky Release TIS 2017 obviněným překročil Úřad k posouzení, zda obviněný splnil také materiální podmínku jednacího řízení bez uveřejnění při zadávání této veřejné zakázky, k čemuž uvádí následující.
221. Jak již uvedl Úřad výše v odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí, ve vztahu k otázce materiálního naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad předně vycházel z aktuální konstantní rozhodovací praxe Krajského soudu v Brně, na kterou je odkazováno v bodě 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí, v rámci níž krajský soud definoval tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nebývají materiálně naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž od třetí z odkazovaných typových situací je nutno odlišovat čtvrtou typovou situaci, u níž je zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění akceptovatelné. Ve vztahu ke konkrétním okolnostem šetřeného případu se Úřad dále zabýval posouzením, zda se obviněný v případě

zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění nacházel ve třetí, nebo ve čtvrté shora popsané typové situaci, k čemuž Úřad uvádí následující.

222. Jak bylo konstatováno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, obviněný zapříčinil stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS při uzavírání smluv souvisejících s předmětem plnění výše specifikované veřejné zakázky, přičemž ke konkrétnímu okamžiku vzniku stavu exkluzivity se Úřad podrobněji vyjadřuje níže v pasáži týkající se změny právního postavení zadavatele a dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad rovněž rozebírá otázku zadávání dalších navazujících smluv k danému systému, kterými byl stav exkluzivity obviněným v průběhu času udržován. Ve svém vyjádření ze dne 9. 5. 2019 obviněný mj. uvedl, že předmět plnění veřejné zakázky Release TIS 2017 představoval jednorázové plnění, jehož potřeba byla značnou měrou vyvolána změnou legislativy či novými požadavky na zajištění bezpečnosti, přičemž obviněný nemohl potřebu aktualizací daného informačního systému předvídat v době jeho pořízení. Dále ve svém vyjádření trval na tom, že v době budování předmětného informačního systému TIS byla oprávněná jeho úvaha, že požadavek na zdrojové kódy k tomuto informačnímu systému by byl neúčelný a nevhodný, přičemž tržní praxe takový požadavek ani neumožňovala. Jelikož obviněný v rámci jím podaného rozkladu ze dne 2. 7. 2019 uvedl, že potřeba zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění v roce 2017 byla vyvolána objektivně nepředvídatelnými okolnostmi, konkrétně uvedl, že citovaná veřejná zakázka byla zadávána mimo jiné na základě požadavků daných směrnicemi obviněného, dále požadavků Úřadu pro civilní letectví a další legislativou, která definuje administrativu, pro kterou systém TIS tvoří technickou podporu, Úřad obviněného vyzval nejprve usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 a následně opakovaně usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 k prokázání výše uvedených jím tvrzených skutečností. Obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 4. 12. 2019 nejprve uvedl, že předmět plnění citované veřejné zakázky představoval jednorázové plnění, jehož potřeba vznikla v důsledku zejména legislativních změn, které ze své podstaty obviněný nemohl předvídat při uzavření iniciační smlouvy k danému systému, což dle obviněného vyplývá z investičního záměru citované veřejné zakázky. Obviněný navíc uvedl, že v době uzavření iniciační smlouvy k systému TIS nebyl veřejným zadavatelem, tudíž nemohl jednat s vědomím zavinění stavu exkluzivity, neboť v té době uzavřel danou iniciační smlouvu jako ryze soukromoprávní kontrakt neregulovaný právní úpravou zadávání veřejných zakázek, přičemž následnou změnu svého právního postavení jako veřejného zadavatele v důsledku legislativních změn obviněný shledává jako objektivní nepředvídatelnou okolnost ve světle výše citované judikatury krajského soudu. Ve vztahu k požadavkům Úřadu pro civilní letectví uvedeným v investičním záměru obviněný uvedl, že pokud je tato argumentace obviněného pro Úřad nedostačující, navrhuje obviněný provedení důkazu, aby si Úřad v rámci součinnosti správních orgánů opatřil potřebné vyjádření anebo stanovisko Úřadu pro civilní letectví, že v době zadání předmětné veřejné zakázky realizované v roce 2017 byla na straně obviněného dána objektivní potřeba její realizace. Obviněný následně ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2020 v návaznosti na opakovanou žádost ze strany Úřadu nad rámec výše uvedených informací doplnil, že potřeba realizace veřejné zakázky Release TIS 2017 vyvstala z důvodů zahrnujících i legislativní změny, konkrétně v případě modulu pro evidenci bezpečnostních incidentů šlo o požadavek daný vyhláškou č. 316/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti, a v případě

doplnění modulu pro podporu administrace uvádění ATM systému do provozu o změny plynoucí ze změny směrnice Úřadu pro civilní letectví č. CAA/S-SLS-016-2/2012. Úřadem dotazované požadavky Úřadu pro civilní letectví uvedené v investičním záměru obviněný, i navzdory opakované žádosti Úřadu, v rámci svého vyjádření Úřadu neposkytl, k čemuž opakovaně uvedl, že trvá na vyžádání si stanoviska Úřadu pro civilní letectví ze strany Úřadu, přičemž jeho nevyžádání Úřadem spatřuje za rozporné s § 8 odst. 2 správního řádu.

223. V návaznosti na výše uvedené tak Úřad přistoupil k posouzení jednotlivých skutečností tvrzených obviněným z hlediska toho, zda je možné tyto skutečnosti označit za objektivně zadavatelem nepředvídatelné okolnosti ve světle výše citované judikatury, odůvodňující potřebu zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž k tomuto posouzení Úřad uvádí následující.
224. Úřad v první řadě přikročil k vypořádání argumentace obviněného, že v době uzavření původní smlouvy Release TIS ze dne 23. 9. 2003 nebyl v pozici veřejného zadavatele, což dle jeho názoru představuje objektivní nepředvídatelnou okolnost odůvodňující oprávněnost zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění. Obviněný konkrétně uvádí, že v době zadání výše zmíněné původní smlouvy dle tehdy účinného zákona č. 199/1994 Sb., zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, nedopadala na obviněného žádná z definic veřejného zadavatele dle § 2 písm. b) citovaného zákona, neboť dle tehdy účinné právní úpravy byla veřejným zadavatelem mimo jiné právnická osoba, která k úhradě veřejné zakázky použije prostředky státního rozpočtu, státních fondů, příspěvků mezinárodních organizací nebo rozpočtů územních samosprávných celků, přičemž obviněný jakožto státní podnik nehospodařil ani nehospodaří s finančními prostředky státního rozpočtu, státních fondů, příspěvků mezinárodních organizací nebo rozpočtů územních samosprávných celků. Obviněný se stal veřejným zadavatelem až následně ode dne 1. 5. 2004 za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ode dne 1. 5. 2004, a to jako „...jiná právnická osoba, pokud byla zřízena zákonem nebo na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu a je financována převážně veřejnými zadavateli, nebo je veřejnými zadavateli řízena nebo veřejní zadavatelé jmenují více než polovinu členů v jejím správním, řídicím nebo kontrolním orgánu.“ Na základě výše uvedeného Úřad přistoupil ke tvrzení obviněného, že obviněný nebyl v okamžiku uzavření původní smlouvy Release TIS ze dne 23. 9. 2003 v postavení veřejného zadavatele, nicméně současně s tím Úřad konstatuje, že v daném případě nelze odhlédnout od skutečnosti, že obviněný následně zadal celkem 14 navazujících veřejných zakázek k danému informačnímu systému vybranému dodavateli ELVAC SOLUTIONS v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy již obviněný byl v pozici veřejného zadavatele. V této souvislosti Úřad připouští, že za dané situace nelze obviněnému v současnosti vytýkat, že v době, kdy ještě nebyl veřejným zadavatelem, nepřizpůsobil jím uzavírané obchodní smlouvy budoucí aplikaci práva veřejných zakázek, neboť v dané době skutečně nemohl předvídat, že se na základě pozdější legislativy stane veřejným zadavatelem ve smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Z tohoto pohledu tedy nelze konstatovat, že obviněný zapříčinil stav exkluzivity vybraného dodavatele uzavřením původní smlouvy Release TIS ze dne 23. 9. 2003. Ve vztahu k okolnostem šetřeného případu je však podstatné, že dne 5. 12. 2005 uzavřel obviněný v jednacím řízení bez uveřejnění Smlouvu o dílo č. 3014/2137/05, kterou došlo ke změně původní smlouvy, a to na základě uživatelských požadavků (předmětem plnění této smlouvy

bylo zpracování studie elektronického podpisu, rozšíření systému TIS o moduly telefonní seznam, události v leteckém provozu, deník pracoviště, elektrické revize, přihlašování VPN uživatelů, porady DPRO, žádosti pro střediska, kontrolní činnost ATMS, majetek ATMS, dále zpracování dokumentace, portace z BETA verze, závěrečné testování, zpracování PDA rozhraní a WEB rozhraní⁴, přičemž v době uzavření citované smlouvy o dílo obviněný již byl v postavení veřejného zadavatele a dopadala tak na jeho postup právní úprava zadávání veřejných zakázek. V případě zadání tohoto navazujícího plnění tak Úřad konstatuje, že se jedná o novou veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy v případě této veřejné zakázky mohly být naplněny podmínky pro její oprávněné zadání v jednacím řízení bez uveřejnění z autorskoprávních důvodů, neboť při uzavření předchozí původní smlouvy Release TIS nemohl obviněný předvídat budoucí potřebu zadávat navazující plnění jako veřejné zakázky podléhající právní úpravě zadávání veřejných zakázek, avšak z důvodu nastalé objektivní změny okolností (změny právního postavení obviněného) byl obviněný následně nucen zadat tuto novou navazující veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti však Úřad akcentuje, že ačkoliv postup obviněného spočívající v uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 na základě jednacím řízení bez uveřejnění mohl být v daném případě oprávněný, nelze na základě tohoto postupu dovozovat možnost dalšího omezování hospodářské soutěže do budoucna. Obviněný tak nemůže stav exkluzivity pramenící již z původní smlouvy zakonzervovat do budoucna na předem neomezený počet navazujících veřejných zakázek, neboť pro uzavření každé další navazující smlouvy na základě veřejné zakázky, kterou je původní smlouva měněna, je stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS překážkou, a při zadání každé takové navazující veřejné zakázky musí být opětovně splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad zdůrazňuje, že obviněný v rámci zadávání první navazující veřejné zakázky (Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05), kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání již vystupoval jakožto veřejný zadavatel, nově stanovoval účel pořízení předmětu plnění původní iniciační smlouvy, přičemž v takovém případě byl obviněný povinen stanovit požadavek na získání zdrojových kódů či dalších technických informací potřebných k úpravě daného systému od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Jelikož si obviněný v rámci této první navazující veřejné zakázky poskytnutí potřebných zdrojových kódů nezajistil, nebyl dle Úřadu oprávněn zadávat další navazující plnění v podobě úprav daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění z autorskoprávních důvodů s odkazem na skutečnost, že v době uzavření iniciační smlouvy nebyl veřejným zadavatelem. S ohledem na výše uvedené proto Úřad konstatuje, že v případě zadání přezkoumávané veřejné zakázky Release TIS 2017, jakožto 14. navazující veřejné zakázky k danému informačnímu systému, nepředstavovala změna právního postavení obviněného nastalá dne 1. 5. 2004 objektivní nepředvídatelnou okolnost odůvodňující oprávněné zadání této veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

225. Ohledně tvrzení obviněného, že potřeba zadání citované veřejné zakázky vznikla zejména v důsledku legislativních změn, které obviněný ke dni uzavření původní smlouvy nemohl předvídat, což dle obviněného vyplývá z investičního záměru citované veřejné zakázky, Úřad

⁴ K tomu Úřad pro úplnost dodává, že před uzavřením citované smlouvy o dílo byla obviněným uzavřena Příloha č. 25 ke Smlouvě o dílo č. 3014/2083/02, při jejímž uzavření již obviněný taktéž vystupoval v postavení veřejného zadavatele, avšak touto přílohou nedošlo ke změně původní smlouvy, jelikož jejím předmětem byla druhá fáze implementace systému TIS.

uvádí, že v citovaném investičním záměru je uvedeno následující: „*system TIS se vyvíjí prostřednictvím pravidelných release, které reflektují požadavky na úpravu v evidencích vyvolanou novými uživatelskými požadavky a na základě požadavků daných směrnicemi ŘLP ČR, s.p., požadavky Úřadu pro civilní letectví (ÚCL) a další legislativou, která definuje administrativu, pro kterou TIS tvoří technickou podporu. Současně s vývojem a rozšiřováním systémů je nutné přistupovat k aktualizaci vývojových knihoven, a to zejména z bezpečnostních a výkonnostních důvodů. Cílem jednotlivých releasů je, aby systém TIS reflektoval aktuální postupy práce uživatelů v jednotlivých podnikových organizačních složkách v souladu s požadavky danými legislativou a za zachování přiměřené doby reakce systému.*“. Z citované pasáže investičního záměru vyplývá, že obviněným tvrzené legislativní změny zde nejsou nikterak blíže specifikovány, neboť investiční záměr zmiňuje pouze existenci požadavků daných „*další legislativou, která definuje administrativu, pro kterou TIS tvoří technickou podporu*“, přičemž tato „*další legislativa*“ není v investičním záměru žádným způsobem vymezena. Obviněný v citovaném investičním záměru rovněž uvádí existenci „*požadavků Úřadu pro civilní letectví*“, nicméně tyto požadavky jsou zde rovněž formulovány pouze obecným způsobem bez jejich bližší konkretizace, přičemž obviněný tyto požadavky Úřadu v průběhu daného řízení o přestupcích nedoložil. Bez bližšího seznámení se s těmito požadavky a konkrétními legislativními změnami však nemůže být ze strany Úřadu provedeno náležité posouzení stran možnosti jejich podřazení pod objektivní nepředvídatelné okolnosti dle výše citované judikatury, na základě kterých obviněnému vznikla potřeba zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

226. K návrhu obviněného na provedení důkazu formou vyžádání si stanoviska Úřadu pro civilní letectví Úřad uvádí, že v rámci usnesení č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019, kterým Úřad obviněného opakovaně vyzval k prokázání jím uváděných objektivních okolností, Úřad mimo jiné odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019, jenž ve vztahu k otázce prokazování důvodů pro použití jednacého řízení bez uveřejnění ve světle zásady vyšetřovací uvedl následující: „*Je tedy na zadavateli, aby konkrétní důvody pro použití jednacého řízení bez uveřejnění tvrdil a navrhl konkrétní důkazy k prokázání těchto tvrzení. Na splnění povinnosti zadavatele konkrétní důvody pro použití jednacého řízení bez uveřejnění tvrdit a navrhnout konkrétní důkazy k prokázání těchto tvrzení pak navazuje nutná aktivita žalovaného. Pokud zadavatel v přezkumném řízení splní povinnost uloženou mu § 52 správního řádu a označí konkrétní důkazy na podporu svých konkrétních tvrzení o splnění konkrétních podmínek opravňujících jej zadat veřejnou zakázku prostřednictvím jednacého řízení bez uveřejnění, je jistě na žalovaném, aby konkrétně označené důkazy (jež objektivně nemůže předložit sám zadavatel) eventuálně opatřil, především je pak provedl a konečně je podle své úvahy hodnotil. To respektování zásady vyšetřovací odpovídá.*“ Z citované pasáže rozsudku krajského soudu tak vyplývá, že povinnost uvést konkrétní důvody pro oprávněné použití jednacého řízení bez uveřejnění, jakož i navrhnout konkrétní důkazy k prokázání těchto důvodů, stihá v daném případě obviněného, přičemž Úřad má povinnost opatřit si tyto obviněným navržené důkazy pouze v situaci, kdy obviněný tyto důkazy objektivně nemůže sám předložit. V šetřeném případě však Úřad neshledal důvody, na základě kterých by obviněný nemohl sám předložit jím navržené důkazy v podobě existence objektivních okolností, na základě kterých dle svého tvrzení přistoupil k zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Jestliže obviněný v šetřeném případě namítá, že

nastaly konkrétní objektivní okolnosti, v důsledku kterých vznikla obviněnému potřeba zadat citovanou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, musí být (mimo jiné s ohledem na skutečnost, že důkazní břemeno ohledně prokázání důvodů pro použití jednacého řízení bez uveřejnění nese zadavatel) obviněný sám schopen tyto konkrétní důvody Úřadu doložit a specifikovat je, když obviněný dle svého tvrzení na jejich základě přistoupil k realizaci jednacého řízení bez uveřejnění. Ve vztahu ke konkrétním okolnostem šetřeného případu Úřad nicméně konstatuje, že obviněným navržený důkaz formou vyžádání si konkrétních předpisů (či požadavků) Úřadu pro civilní letectví ze strany Úřadu není sám o sobě nikterak vypovídající pro přezkum Úřadu ohledně oprávněnosti použití předmětného jednacého řízení bez uveřejnění obviněným, neboť zmíněný Úřad pro civilní letectví vystupuje toliko v pozici tvůrce daných předpisů, avšak již nemůže znát konkrétní dopady těchto předpisů na prostředí a činnosti obviněného. Samotná dispozice s uvedenými předpisy, které by Úřad získal od Úřadu pro civilní letectví, tak není pro Úřad dostatečně vypovídajícím důkazem o oprávněnosti použití jednacého řízení bez uveřejnění, neboť obviněný je osobou, která musí být schopna Úřadu identifikovat případné objektivní nepředvídatelné okolnosti a přezkoumatelným způsobem Úřadu popsat a doložit, jaký měly tyto okolnosti konkrétní dopad na prostředí a činnosti obviněného, včetně uvedení provazby na konkrétní položky předmětu plnění, jichž se změna vyvolaná objektivně nepředvídatelnými okolnostmi dotýkala. Jelikož tyto myšlenkové pochody, představující konkrétní důvody, pro něž bylo dle obviněného v daném případě nezbytné přistoupit k zadání citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nemůže z povahy věci Úřadu předložit nikdo jiný, než sám obviněný, a ten tak neučinil, neprokázal zadavatel konkrétní provazbu mezi uváděnými předpisy (či požadavky) Úřadu pro civilní letectví a potřebou zadavatele upravit jím spravovaný systém v rozsahu změn provedených v souvislosti se zadáním veřejné zakázky Release TIS 2017.

227. V této souvislosti Úřad opakovaně zdůrazňuje, že obviněný je povinen Úřadu prokázat konkrétní důvody opravňující obviněného použít pro zadání přezkoumávané veřejné zakázky jednacím řízením bez uveřejnění, přičemž jestliže obviněný dovozuje oprávněnost takového zadání skrze existenci objektivních nepředvídatelných okolností např. v podobě konkrétních legislativních změn, nepostačuje v takovém případě za účelem prokázání oprávněnosti postupu obviněného pouhé uvedení odkazu na určitý předpis bez bližšího zdůvodnění ze strany obviněného, jaké konkrétní dopady měl daný předpis na předmět plnění zadávané veřejné zakázky, včetně uvedení provazby, která konkrétní ustanovení daného předpisu vyvolala kterou konkrétní změnu předmětu plnění, jakož i specifikace, jaké konkrétní položky či části předmětu plnění zadávané veřejné zakázky byly každou takovou konkrétní legislativní změnou dotčeny. K tomu Úřad odkazuje na již výše uvedené závěry v bodě 156. odůvodnění tohoto rozhodnutí. V šetřeném případě však obviněný v rámci investičního záměru odkazuje na blíže nespecifikovanou „*další legislativu, která definuje administrativu, pro kterou TIS tvoří technickou podporu*“ a blíže nespecifikované „*požadavky Úřadu pro civilní letectví*“, kdy u takto uvedených obecných odkazů Úřad ani nemůže provést vlastní úvahu, zda je možné tyto předpisy zanalyzovat Úřadem bez nutnosti bližší specifikace ze strany obviněného ohledně provedených změn a uvedení provazby konkrétních legislativních změn na jednotlivé dílčí úpravy předmětu plnění, neboť Úřadu z takto uvedených obecných odkazů není zřejmé, o které konkrétní předpisy se jedná.

228. V návaznosti na výše uvedené Úřad na tomto místě odkazuje na další argumentaci obviněného obsaženou v jeho vyjádření ze dne 13. 1. 2020, jenž ve vztahu k části plnění odpovídající modulu pro evidenci bezpečnostních incidentů uvedl, že potřeba zadání této části plnění v jednacím řízení bez uveřejnění byla vyvolána vyhláškou č. 316/2014 Sb., o kybernetické bezpečnosti. K tomuto odkazu obviněného Úřad uvádí, že ustanovení § 23 odst. 1 citované vyhlášky NBÚ stanovuje, že orgán a osoba uvedená v § 3 písm. c) a d) zákona o kybernetické bezpečnosti (*pozn. Úřadu – a tedy i obviněný, neboť je správcem a provozovatelem informačního systému kritické informační infrastruktury; tato skutečnost je Úřadem dovozena níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí*) používá nástroj pro sběr a průběžné vyhodnocení kybernetických bezpečnostních událostí, který v souladu s bezpečnostními potřebami a výsledky hodnocení rizik zajistí

- a) integrovaný sběr a vyhodnocení kybernetických bezpečnostních událostí z informačního systému kritické informační infrastruktury a komunikačního systému kritické informační infrastruktury,
- b) poskytování informací pro určené bezpečnostní role o detekovaných kybernetických bezpečnostních událostech v informačním systému kritické informační infrastruktury nebo komunikačním systému kritické informační infrastruktury a
- c) nepřetržitě vyhodnocování kybernetických bezpečnostních událostí s cílem identifikace kybernetických bezpečnostních incidentů, včetně včasného varování určených bezpečnostních rolí.

229. S ohledem na výše uvedené je tak zřejmé, že citovaná vyhláška NBÚ stanovuje obviněnému povinnost mimo jiné nepřetržitě vyhodnocovat kybernetické bezpečnostní události s cílem identifikace kybernetických bezpečnostních incidentů, včetně včasného varování určených bezpečnostních rolí. Jelikož součástí předmětu plnění veřejné zakázky Release TIS 2017 byla dle uzavřené smlouvy o dílo mimo jiné realizace modulu pro evidenci bezpečnostních incidentů a realizace webového rozhraní pro tento modul, Úřad v dané věci konstatuje, že s ohledem na konkrétní skutkové okolnosti lze v tomto případě akceptovat pouhý odkaz obviněného na název daného veřejně dohledatelného předpisu, neboť z tohoto předpisu jednoznačně vyplývá, že předmětná povinnost obviněného nově stanovená legislativou (povinnost nepřetržitě vyhodnocovat kybernetické bezpečnostní události s cílem identifikace kybernetických bezpečnostních incidentů, včetně včasného varování určených bezpečnostních rolí) odpovídá obviněným realizované části předmětu plnění přezkoumávané veřejné zakázky spočívající v realizaci modulu pro evidenci bezpečnostních incidentů a realizaci webového rozhraní pro tento modul. Úřad proto přisvědčil obviněnému, že v případě těchto částí předmětu plnění potřeba jejich zadání v jednacím řízení bez uveřejnění vyvstala z objektivně nepředvídatelných důvodů v podobě legislativních změn plynoucích z výše citované vyhlášky NBÚ, a to bez nutnosti jejich bližší specifikace obviněným.

230. Nicméně Úřad na tomto místě konstatuje, že ačkoliv potřeba zadání výše uvedených částí plnění vyvstala z objektivně nepředvídatelných důvodů, není možné akceptovat postup obviněného, kdy společně s těmito částmi plnění v jednacím řízení bez uveřejnění zadá rovněž zbylé části jím zadávaného předmětu plnění, u kterých existenci objektivně nepředvídatelných okolností neprokázal. Na postup obviněného v šetřeném případě by tedy bylo možné nahlížet jako na oprávněný pouze v případě, že by zadal v jednacím řízení bez

uveřejnění pouze části plnění spočívající v realizaci modulu pro evidenci bezpečnostních incidentů a realizaci webového rozhraní pro tento modul, v rámci kterých bylo obviněným prokázáno, že potřebu jejich zadání v jednacím řízení bez uveřejnění nemohl předvídat z důvodu legislativních změn. Jelikož však obviněný společně s těmito částmi plnění v daném jednacím řízení bez uveřejnění zadal rovněž další plnění (aktualizace verze DevExpress na verzi 16.1.8, optimalizace načítání dat v modulu kabeláž, rozšíření a doplnění systému pro podporu uvádění ATM systému do provozu (Kiwi) o nové požadavky plynoucí z platných směrnic, spuštění webového serveru pro TIS na novém IIS, realizace možnosti zobrazit výsledky SQL dotazu přímo v gridu aplikace TIS, rozšíření a doplnění modulu kabeláže, realizace Webu pro podporu žádostí ATMS a vyjádření PA/MA k závadě, realizace Evidence nápravních opatření a nálezů pro podporu práce AI), u nichž výše uvedenou objektivně nepředvídatelnou potřebu zadání v jednacím řízení bez uveřejnění neprokázal, stejně tak jako skutečnost, že by výše uvedené jednotlivé dílčí části předmětu plnění citované veřejné zakázky byly navzájem neoddělitelné, nelze než označit daný postup obviněného spočívající v zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 jako celku v jednacím řízení bez uveřejnění za neoprávněný, spadající do třetí typové kategorie ve smyslu výše citované judikatury krajského soudu.

231. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2020 dále nově uvedl, že potřeba realizace části veřejné zakázky Release TIS 2017 odpovídající doplnění modulu pro podporu administrace uvádění ATM systému do provozu vyvstala z důvodů zahrnujících i legislativní změny, konkrétně mělo jít o změny plynoucí ze změny směrnice Úřadu pro civilní letectví č. CAA/S-SLS-016-2/2012. K tomu Úřad uvádí, že obviněný citovanou směrnicí Úřadu pro civilní letectví Úřadu v rámci daného řízení o přestupcích nepředložil. Jelikož zmíněná směrnice není dohledatelná z veřejných informačních zdrojů, nemohl Úřad provést ani případnou vlastní úvahu, a to zejména i s ohledem na skutečnost, že obviněný jednotlivé změny plynoucí z jím odkázané legislativy dopadající do jeho prostředí a činností Úřadu blíže nespécifikoval, stran oprávněnosti zadání předmětné části veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění. V návaznosti na výše uvedené Úřad opakovaně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019, z něhož mimo jiné vyplývá, že Úřad má povinnost opatřit si obviněným navržené důkazy pouze v situaci, kdy obviněný tyto důkazy objektivně nemůže sám předložit. V šetřeném případě však obviněný nezdůvodnil, z jakého důvodu by nebyl schopen Úřadu poskytnout jím uváděnou směrnici Úřadu pro civilní letectví. Úřad tedy konstatuje, že obviněný ve vztahu k oprávněnosti zadání této části předmětu plnění citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění neunesl důkazní břemeno ohledně existence objektivně nepředvídatelných okolností odůvodňujících daný postup obviněného.
232. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad shrnuje, že obviněný v rámci veřejné zakázky Release TIS 2017 jako celku neprokázal, že by jeho postup v případě zadání citované veřejné zakázky byl nezaviněný, spadající do čtvrté typové kategorie ve smyslu výše citované judikatury krajského soudu.
233. Na tomto místě Úřad odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, dle něhož se má Úřad při novém projednání části věci za účelem posouzení otázky zavinění vzniku stavu exkluzivity obviněným dále zabývat podobou a účelem pořízení původních smluv a zadáváním navazujících plnění k původním

smlouvám. Úřad proto i v rámci odůvodnění tohoto výroku přistoupil k posouzení výše uvedených otázek ve vztahu k veřejné zakázce Release TIS 2017, k čemuž uvádí následující.

234. K podobě původního závazkového vztahu a účelu pořízení předmětného informačního systému Úřad uvádí, že z bodu 1.1. „Účel a význam systému TIS“ přílohy č. 1 původní smlouvy Release TIS vyplývá, že předmětný informační systém TIS (*pozn. Úřadu – Technický informační systém*) má plnit následující funkce – elektronická forma deníku technického sálu, vydávání a evidence provozních pokynů a operativních informací, vedení evidence chyb a pravidelné údržby na systémech řízení letového provozu, evidence provádění letových ověření Úřadu pro civilní letectví a sledování jejich platnosti, evidence platných typových osvědčení, aj. Zmíněný systém TIS má dle citované původní smlouvy za cíl shromáždit veškeré informace, které byly dříve dostupné v různé formě (papírově či elektronicky) s různou zárukou aktuálnosti informací a na různých místech, a to pro supervisory, technické dohledy a další uživatele tohoto systému a prezentovat je formou tabulek a záznamů v databázi a zaručit aktuálnost všech poskytovaných informací. Úřad dále s odkazem na informace poskytnuté obviněným v průběhu řízení o přestupcích k danému informačnímu systému uvádí, že jeho úkolem je evidovat a přehledně zpřístupňovat informace související se stavem technických systémů, a to jak z hlediska provozního, tak v souvislosti se šetřením incidentů i z hlediska změn v životním cyklu dalších systémů, které slouží řídicím letového provozu k řízení provozu ve vzdušném prostoru ČR. Informace systém získává jak ze vstupů od pracovníků technického dohledu, tak přímo od jednotlivých systémů. Systém TIS slouží jako podpora a evidence pro administrativní i odborné činnosti související s řízením letového provozu a tvoří i podpůrnou aplikaci pro zpracovávání, distribuci, šetření a evidenci hlášení o událostech v letovém provozu. Systém TIS se skládá ze SW a HW části. Jako SW platforma je používán databázový stroj Microsoft SQL Server. Nad touto platformou je vybudována softwarová aplikace (samotný systém TIS), která řeší zpracování dat a uživatelské rozhraní. HW infrastrukturu tvoří servery rozmístěné v hlavních lokalitách, kde slouží technickému personálu dohlížejícímu na správnou funkčnost technického vybavení pro poskytování letových provozních služeb, přičemž tyto lokality jsou datově propojeny a umožňují vzájemnou výměnu informací. Aplikace TIS je nainstalována na všech relevantních pracovištích obviněného. Účelem systému TIS v době jeho pořízení, tj. v roce 2003, bylo dle obviněného nahradit zejména papírový deník pracoviště obviněného, ve kterém byly zaznamenány veškeré proběhlé události i výsledky povinných činností (úkonů). Současně měl systém TIS nahrazovat množství papírové dokumentace k jednotlivým systémům a zjednodušovat a elektronizovat procesy povolující činnosti na těchto systémech (workflow). Vznik systému TIS reflektoval rozvoj potřeb obviněného, zejména aktuální pracovní postupy technického personálu (technického dohledu i administrátorů jednotlivých systémů). Výše uvedené skutečnosti tak dle Úřadu jednoznačně dokládají důležitý charakter předmětného systému, neboť tento informační systém přispívá k zajištění bezpečnosti letového provozu skrze zkvalitnění důležitých provozních prvků technické infrastruktury dohledu nad řízením letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky, čímž dochází k minimalizaci bezpečnostních rizik a hrozeb souvisejících s případnou nefunkčností systémů řízení letového provozu. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že ačkoliv v době uzavření iniciační smlouvy k danému informačnímu systému obviněný nebyl v postavení veřejného zadavatele (k čemuž se již Úřad podrobně vyjádřil výše), předmětný informační systém TIS představoval důležitý páteří informační systém infrastruktury obviněného

zajišťující bezpečnost letového provozu, jehož rozsah generuje potřebu kontinuálních úprav, čehož si obviněný musel být vědom i při uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005, kterou uzavřel na základě jednacího řízení bez uveřejnění již jako veřejný zadavatel ve smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, neboť charakter předmětného systému daný původní smlouvou se v době uzavření výše citované smlouvy o dílo nikterak nezměnil. Obviněný si proto musel být v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 nepochybně vědom, že předmětný systém bude nutné, s ohledem na jeho důležitý charakter, v budoucnu dále upravovat a rozvíjet.

235. Dle názoru předsedy Úřadu ve výše citovaném rozhodnutí je nutno dále přihlédnout k tomu, po jakou dobu měl být daný informační systém provozován. Jelikož z původní smlouvy Release TIS ze dne 23. 9. 2003 nikterak nevyplývá, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu předmětný informační systém v době jeho pořízení provozovat, Úřad vyzval obviněného usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 mimo jiné ke sdělení, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu daný informační systém v době jeho pořízení provozovat, resp. pokud obviněný plánoval tento informační systém provozovat pouze krátkodobě, nechť obviněný tuto skutečnost zdůvodní relevantní argumentací zohledňující charakter a důležitost tohoto informačního systému. Obviněný se v rámci jeho vyjádření ze dne 4. 12. 2019 k otázce doby plánovaného provozování daného systému nikterak blíže nevyjádřil, když pouze konstatoval, že posouzení původních smluv je povinností Úřadu, přičemž obviněný v daném vyjádření zopakoval svoji argumentaci, že v době uzavření původní smlouvy k danému systému nebyl v pozici veřejného zadavatele. Vzhledem k tomu, že v rámci obviněným předložené původní smlouvy Release TIS není doba plánovaného provozování daného systému uvedena, Úřad obviněného usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 opakovaně vyzval k písemnému sdělení, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu daný systém provozovat v době jeho pořízení, resp. pokud jej obviněný plánoval provozovat pouze krátkodobě, nechť obviněný tuto skutečnost zdůvodní relevantní argumentací zohledňující charakter a důležitost tohoto informačního systému. Obviněný v návaznosti na výše uvedený dotaz Úřadu ve svém následném vyjádření ze dne 13. 1. 2020 opakovaně uvedl, že v době pořízení předmětného systému nebyl zadavatelem ve smyslu tehdejší právní úpravy zadávání veřejných zakázek, protože je irelevantní posuzovat jeho úmysl provozovat daný systém krátkodobě či dlouhodobě.
236. K tomu Úřad nejprve uvádí, že argumentací ohledně právního postavení obviněného v okamžiku uzavření iniciační smlouvy se již Úřad zabýval výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž na tomto místě na svoje závěry v plné míře odkazuje. Dále Úřad konstatuje, že obviněný v rámci svých vyjádření nepředložil Úřadu žádné bližší zdůvodnění, po jakou dobu měl v úmyslu daný informační systém TIS v době jeho pořízení provozovat. K tomu Úřad dodává, že úmysl krátkodobého provozování daného systému neplyne jednak z předložené iniciační smlouvy k danému systému, v níž není stanovena konkrétní plánovaná doba jeho provozování, a rovněž nelze dovozovat ani z technického vymezení předmětu dané iniciační smlouvy. Podle Úřadu z celkového kontextu věci naopak jednoznačně vyplývá úmysl dlouhodobého provozování daného systému TIS obviněným, a to zejména s ohledem na jeho charakter, kdy daný systém pro obviněného představoval důležitý páteří systém přispívající ke zvýšení bezpečnosti letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky,

jak bylo dovozeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. V návaznosti na výše uvedené tak Úřad uzavírá, že obviněný v šetřeném případě neprokázal, že by daný informační systém TIS v době uzavření původní smlouvy Release TIS, resp. v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005 (jak již Úřad dovodil výše, jednalo se o první veřejnou zakázku, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání již obviněný vystupoval jakožto veřejný zadavatel), kdy se charakter daného systému od doby uzavření původní smlouvy nikterak nezměnil, plánoval provozovat pouze krátkodobě, např. v řádu několika málo let. I s ohledem na tuto skutečnost tak Úřad zastává názor, že obviněný musel v daném případě vzhledem k důležitosti uvedeného informačního systému zajišťujícího množství funkcí (viz výše) předpokládat jeho budoucí rozvoj.

237. Úřad byl dále povinován k posouzení, kdy došlo k zadání prvního navazujícího plnění, případně v jakých intervalech docházelo k zadávání navazujících plnění. V návaznosti na výše uvedené Úřad uvádí, že po uzavření původní smlouvy Release TIS dne 23. 9. 2003 došlo ze strany obviněného k zadání následujících navazujících plnění:

- Příloha č. 25 ke Smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 2. 7. 2004,
- Smlouva o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005,
- Smlouva o dílo č. 156/113/08 ze dne 9. 9. 2008,
- Smlouva o dílo č. 024/113/09 ze dne 18. 3. 2009,
- Smlouva o dílo č. 060/113/09 ze dne 29. 6. 2009,
- Smlouva o dílo č. 102/113/09 ze dne 24. 9. 2009,
- Smlouva o dílo č. 096/113/10 ze dne 19. 8. 2010,
- Smlouva o dílo č. 113/113/11 ze dne 19. 10. 2011,
- Smlouva o dílo č. 114/113/11 ze dne 19. 10. 2011,
- Smlouva o dílo č. 044/113/12 ze dne 3. 5. 2012,
- Smlouva o dílo č. 217/2013/IS/113 ze dne 15. 8. 2013,
- Smlouva o dílo č. 214/2014/IS/113 ze dne 2. 9. 2014,
- Smlouva o dílo č. 378/2015/IS/113 ze dne 11. 11. 2015,
- Smlouva o dílo č. 084/2017/IS/113 ze dne 19. 4. 2017.

Z výše uvedeného seznamu uzavřených navazujících smluv o dílo vyplývá, že k informačnímu systému TIS bylo od 23. 9. 2003 uzavřeno celkem čtrnáct navazujících smluv o dílo. K tomu Úřad nejprve vysvětluje, že předmětem plnění původní smlouvy Release TIS ze dne 23. 9. 2003 (Přílohy č. 18 ke Smlouvě o dílo č. 3014/2083/02) byla první fáze implementace daného systému TIS do systému CMOS spočívající v základním návrhu systémového řešení, návrhu struktury databází systému, návrhu uživatelského rozhraní, realizaci databáze, návrhu redundance systému, testování databází a zpracování baseline dokumentace. Na tuto původní smlouvu poté navazovala první z výše uvedeného výčtu navazujících smluv – Příloha č. 25 ke Smlouvě o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 2. 7. 2004 – jejímž předmětem plnění byla druhá fáze implementace systému TIS do systému CMOS v rozsahu realizace jednotlivých

modulů TIS, testování jejich funkčnosti a zpracování příslušné dokumentace. Teprve další navazující smlouvou – Smlouvou o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005 – došlo k zadání prvního navazujícího plnění, kterým byl původní poptávaný předmět plnění měněn na základě uživatelských požadavků (studie elektronického podpisu, rozšíření systému TIS o moduly telefonní seznam, události v leteckém provozu, deník pracoviště, elektrické revize, přihlašování VPN uživatelů, porady DPRO, žádosti pro střediska, kontrolní činnost ATMS, majetek ATMS a portace z BETA verze, PDA rozhraní, WEB rozhraní, dokumentace a testování). Tato smlouva o dílo, která představovala první navazující veřejnou zakázku, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání již obviněný vystupoval jakožto veřejný zadavatel, je proto výchozím bodem, od něhož je nutno posuzovat otázku zadávání navazujících plnění dle požadavků předsedy Úřadu uvedených v citovaném druhostupňovém rozhodnutí. K zadání prvního navazujícího plnění, kterým byl výše uvedený předmět plnění (tedy předmětný informační systém TIS v jeho podobě po úpravách zahrnutých do předmětu plnění Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005) měněn, došlo dne 9. 9. 2008 uzavřením Smlouvy o dílo č. 156/113/08, jejímž předmětem bylo vypracování analýzy, vytvoření funkčních prototypů, navržení uživatelského rozhraní požadovaných webových modulů, zpracování návrhu změn a doplnění datových struktur TIS a algoritmů pro práci s nimi, navržení uživatelského rozhraní v tlustém klientovi TIS, navržení tiskové sestavy, zpracování dokumentace popisující výše uvedené, a to pro doplnění systému TIS o agendu zpracování událostí v leteckém provozu oddělením auditu a rozšíření webového rozhraní TIS o funkce související se zpracováním událostí v leteckém provozu. K zadání tohoto prvního navazujícího plnění tak došlo po necelých třech letech od uzavření předchozí Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05. Z výše uvedeného výčtu smluv o dílo dále vyplývá, že k zadávání jednotlivých navazujících plnění docházelo téměř každoročně (v několika případech dokonce i vícekrát během jednoho roku). V návaznosti na výše uvedené Úřad odkazuje na závěry výše citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu, v němž předseda Úřadu výslovně uvedl: *„Pokud by totiž navazující plnění bylo zadáváno po relativně krátké době po zadání původní veřejné zakázky, a pak následně v pravidelných časových intervalech, bylo by možno usuzovat na to, že zadavatel již od počátku musel počítat s pravidelným rozšiřováním a údržbou informačního systému.“* V kontextu výše uvedených skutečností je zřejmé, že ačkoliv bylo první navazující plnění zadáno po téměř třech letech od uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005, v daném případě nelze přehlédnout, že další plnění již byla obviněným zadávána v pravidelných časových intervalech okolo jednoho roku. S přihlédnutím k charakteru daného informačního systému, který představoval důležitý páteří systém infrastruktury obviněného, tak Úřad dospěl po zohlednění otázky uzavírání navazujících smluv k danému informačnímu systému v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu k závěru, že obviněný musel v šetřeném případě již v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005, tedy první navazující veřejné zakázky, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání obviněný již vystupoval v pozici veřejného zadavatele, počítat s pravidelným rozšiřováním a údržbou předmětného informačního systému.

238. K tomu Úřad dodává, že z výše nastíněného postupu obviněného spočívajícího v uzavírání navazujících smluv o dílo, kdy obviněný postupně prohluboval funkčnost daného informačního systému, je dle Úřadu zřejmé, že tento informační systém byl pro obviněného důležitým nástrojem a obviněný si tedy musel být vědom charakteru a významu tohoto systému pro chod obviněného a plnění jeho povinností. Dle názoru Úřadu si obviněný musel

být již v době vzniku předmětného informačního systému vědom významu a důležitosti tohoto systému pro bezpečnost, vzhledem k tomu, že se jedná o systém, který zajišťuje bezpečnost pohybu ve vzdušném prostoru státu, a to včetně rizik, kterými může být takový systém ohrožen. Úřad tak konstatuje, že v případě informačního systému TIS se jednalo o systém natolik zásadní, že bylo možno předpokládat nutnost jeho udržování ze strany obviněného i v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005. Vzhledem k výše uvedenému je Úřad toho názoru, že obviněný tak měl již v rámci udržování daného informačního systému od okamžiku, kdy se stal veřejným zadavatelem ve smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, předpokládat nutnost realizace veřejných zakázek, jejichž předmětem by byla podpora, provoz a rozšíření předmětného informačního systému.

239. V návaznosti na výše uvedené Úřad opakuje, že obviněný poté, co se stal veřejným zadavatelem ve smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, následně uzavřel celkem 12 navazujících smluv k danému informačnímu systému s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS, přičemž uzavřením každé z těchto navazujících smluv obviněný udržoval stav exkluzivity na straně vybraného dodavatele. Jelikož každá z výše uvedených navazujících smluv o dílo představovala samostatnou veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, Úřad za účelem vyjasnění, zda v jejich případě nemohly existovat objektivní nepředvídatelné okolnosti ve smyslu výše citované judikatury, v důsledku kterých by bylo nutné na daný postup obviněného nazírat jako na oprávněný, nejprve usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 a následně usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 obviněného opakovaně vyzval ke sdělení, z jakých důvodů byly uzavřeny předchozí jednotlivé navazující smlouvy o dílo k danému informačnímu systému, jimiž byl udržován stav exkluzivity vybraného dodavatele, přičemž jestliže potřeba uzavření některé z nich vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného, nechť obviněný tyto okolnosti specifikuje u každé takové navazující smlouvy o dílo. Obviněný v návaznosti na výše citovaná usnesení Úřadu ve svých vyjádřeních ze dne 4. 12. 2019 a ze dne 13. 1. 2020 opakovaně uvedl, že předmětem šetřeného řízení o přestupcích jsou výhradně veřejné zakázky realizované v jednacích řízeních bez uveřejnění v roce 2017, protože je irelevantní hodnotit či zohledňovat jakékoli kroky obviněného, které nastaly od okamžiku podpisu původních smluv k informačním systémům do okamžiku realizace přezkoumávaných jednacích řízení bez uveřejnění.
240. K tomu Úřad uvádí, že nezpochybňuje tvrzení obviněného, že předmětem přezkumu v rámci tohoto řízení o přestupcích je otázka, zda se obviněný dopustil přestupků v souvislosti s neoprávněným zadáním jednacích řízení bez uveřejnění realizovaných v roce 2017, nicméně Úřad má za účelem daného přezkumu povinnost posoudit rovněž naplnění materiální stránky podmínek pro použití těchto jednacích řízení bez uveřejnění, tedy otázku, zda obviněný stav exkluzivity vybraných dodavatelů nezpůsobil sám svým předchozím postupem při uzavírání smluv na plnění, na která přezkoumávané veřejné zakázky navazují či je rozvíjí. Za tímto účelem musí Úřad zohlednit veškerý dosavadní postup obviněného související s realizací úprav daných informačních systémů, tedy jak otázku vzniku stavu exkluzivity, tak i další navazující postup obviněného v podobě udržování tohoto stavu neoprávněným uzavíráním navazujících smluv o dílo, kterými byl předmět plnění v průběhu času měněn. V návaznosti na to Úřad konstatuje, že ve světle výše citovaných závěrů krajského soudu

musí Úřad zohlednit, zda se obviněný při zadávání zmíněných předchozích smluv, kterými byl stav exkluzivity udržován, nacházel ve třetí nebo čtvrté typové kategorii dle citované judikatury. Jelikož obviněný i přes opakovanou žádost ze strany Úřadu neprokázal žádné objektivní nepředvídatelné okolnosti, na základě kterých by byla vyvolána jeho oprávněná potřeba zadání předchozích navazujících smluv k informačnímu systému TIS v jednacím řízení bez uveřejnění, a z obsahu těchto předchozích smluv rovněž existence takových okolností nevyplývá, Úřad konstatuje, že obviněný se v případě uzavírání jednotlivých předchozích navazujících smluv o dílo k danému systému, kdy již vystupoval v pozici veřejného zadavatele, nacházel ve třetí se shora uvedených typových situací a každým takto neoprávněným zadáním navazující veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byl stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS dále udržován. Ačkoliv tedy stav autorskoprávní exkluzivity na straně jmenovaného vybraného dodavatele vznikl již v okamžiku uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05 ze dne 5. 12. 2005, kdy obviněný v rámci první veřejné zakázky, kterou byl původní předmět plnění měněn, a u níž vystupoval v pozici veřejného zadavatele, nenaformuloval smluvní podmínky odpovídajícím způsobem tak, aby do budoucna nebyl v pozici, kdy bude muset poptávané plnění opětovně zadat v jednacím řízení bez uveřejnění s ohledem na autorskoprávní důvody. Výše uvedené udržování stavu exkluzivity prostřednictvím uzavírání předchozích smluv o dílo dokresluje nezákonnost postupu obviněného a její kontinuálnost v čase.

241. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 9. 5. 2019 rovněž odůvodňuje svůj postup v původní smlouvě Release TIS tím, že požadavek, kterým získal zdrojové kódy k informačnímu systému, by byl z pohledu trhu v době budování informačního systému excesivní, a jako takový by byl pravděpodobně řadou dodavatelů úspěšně napaden jako diskriminační a nepřiměřený. K tomu Úřad konstatuje, že nezahrnutí požadavku na zdrojové kódy v původní smlouvě Release TIS nelze obviněnému přičítat k tíži, neboť, jak již Úřad dovodil výše, obviněný v dané době nebyl v postavení veřejného zadavatele a neměl proto důvod přizpůsobovat své obchodní praktiky budoucí aplikaci práva veřejných zakázek, neboť tuto skutečnost, že se v budoucnu na základě nové legislativy stane veřejným zadavatelem, v dané době nemohl předvídat. Nicméně Úřad dodává, že dne 5. 12. 2005 zadal obviněný v jednacím řízení bez uveřejnění první z navazujících veřejných zakázek, konkrétně šlo o uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05, kterou byl původní předmět plnění měněn a při níž obviněný již byl v postavení veřejného zadavatele a dopadala tak na jeho postup právní úprava zadávání veřejných zakázek. Jelikož v rámci této první navazující veřejné zakázky, při jejímž zadávání již obviněný vystupoval jakožto veřejný zadavatel, obviněný nově stanovoval účel pořízení předmětu plnění původní iniciační smlouvy s ohledem na nově kladené požadavky plynoucí z právní úpravy zadávání veřejných zakázek, obviněný byl v rámci této veřejné zakázky povinen stanovit svůj požadavek na získání zdrojových kódů či dalších technických informací potřebných k úpravě daného systému od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Protože si však obviněný v rámci dané první navazující veřejné zakázky poskytnutí potřebných zdrojových kódů nezajistil, nebyl dle Úřadu oprávněn následně zadávat další navazující plnění v podobě úprav daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na autorskoprávní důvody.
242. Úřad dále uvádí, že odpovědnost zadavatele jako právnické osoby za přestupky je odpovědností objektivní, přičemž podle § 21 odst. 1 zákona o přestupcích platí, že právnická

osoba za spáchaný přestupek neodpovídá pouze v případě, kdy prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby přestupku zabránila. Na tomto místě Úřad uvádí, že podle Investičního záměru Release TIS 2017 a vyjádření obviněného ze dne 26. 9. 2018 vyplývá, že se obviněný snažil od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS zdrojové kódy k informačnímu systému získat, avšak tato snaha se na straně jmenovaného vybraného dodavatele nesetkala s úspěchem, a proto byla odmítnuta. Obviněný dále přiložil jako důkaz k jím podanému rozkladu ze dne 2. 7. 2019 dopis adresovaný jmenovanému vybranému dodavateli zasláný v průběhu šetřeného řízení o přestupcích, v němž se obviněný dotazoval, zda v době pořízení předmětného informačního systému nabízel svým zákazníkům prodej zdrojových kódů a neomezených licencí, resp. zda by byl ochoten tyto zdrojové kódy prodat v případě vážného zájmu. Z odpovědi vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS ze dne 27. 6. 2019 vyplývá, že v době pořízení daného systému TIS jmenovaný vybraný dodavatel svým zákazníkům nenabízel prodej zdrojových kódů a neomezených licencí k danému systému, avšak vybraný dodavatel v daném dopise současně připustil, že následně postupem času přistoupil na možnost předání zdrojových kódů obviněnému za splnění přísných podmínek vylučujících jejich běžné použití. Jmenovaný vybraný dodavatel tamtéž dále uvedl, že pokud by zákazník trval na předání zdrojového kódu, bylo by na tento požadavek nahlíženo jako na obchodní případ a cena by se pohybovala na zcela jiné úrovni. K tomu Úřad uvádí, že z výše uvedeného vyjádření vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS vyplývá, že v daném případě nebylo zcela vyloučeno, že obviněný mohl předmětné zdrojové kódy, byť za vyšší pořizovací cenu, získat, pokud by trval na jejich předání. Jak již Úřad uvedl výše, obviněný byl v případě první navazující veřejné zakázky, kterou byl původní předmět plnění měněn a při jejímž zadávání již vystupoval jakožto veřejný zadavatel, povinen, pokud bylo zřejmé, že do budoucna bude nezbytné poptávat další plnění související s úpravou předmětného informačního systému, stanovit svůj požadavek na získání zdrojových kódů či dalších technických informací potřebných k úpravě daného systému od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS, přičemž jelikož tak v šetřeném případě neučinil, nebyl oprávněn zadávat další navazující plnění v podobě úprav daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na autorskoprávní důvody. Vzhledem k tomu, že z předloženého vyjádření společnosti ELVAC SOLUTIONS vyplývá, že poskytnutí daných zdrojových kódů obviněnému bylo (být za vyšší pořizovací cenu) v šetřeném případě možné, obviněný se tak dle Úřadu nemůže dovolávat skutečnosti, že v daném případě vyvinul veškeré požadovatelné úsilí k tomu, aby předmětný zdrojový kód od vybraného dodavatele získal. Obviněný tak v šetřeném případě neunesl důkazní břemeno upravené v § 21 odst. 1 zákona o přestupcích ohledně jím tvrzené skutečnosti, že jakožto právnická osoba za spáchaný přestupek neodpovídá. Nad rámec toho Úřad pro úplnost dodává, že k argumentaci obviněného ohledně případné nehospodárnosti pořízení zdrojových kódů se Úřad podrobněji vyjadřuje níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

243. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uvádí, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle 63 odst. 3 písm. c) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna a zadavatel se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 nemůže účinně odvolávat.

K posouzení postupu obviněného s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti

244. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 dále uvedl, že pokud Úřad i po zohlednění předsedou Úřadu uvedených dílčích aspektů dospěje k závěru, že obviněný si stav exkluzivity skutečně zavinil sám, proč se ho nemohl dovolávat, což Úřad dovodil v předchozí pasáži odůvodnění tohoto rozhodnutí, má se Úřad dále zabývat posouzením předmětů šetřených veřejných zakázek s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti, a to konkrétně zda jsou šetřené informační systémy prvky kritické infrastruktury, zda obviněnému ze zákona o kybernetické bezpečnosti plyne nějaká povinnost, jejíž splnění není možné bez omezení či vyloučení hospodářské soutěže, případně zda byl daný postup obviněného přiměřený a nebylo možné zajistit splnění uvedených povinností prostřednictvím mírnějšího omezení hospodářské soutěže než použitím jednacích řízení bez uveřejnění. Ačkoliv tedy obviněný původně odůvodňoval zadání předmětné veřejné zakázky Release TIS 2017 ochranou výhradních práv a nikoliv nutností zohlednění požadavků na zajištění bezpečnosti prvku kritické informační infrastruktury, Úřad se přesto s ohledem na závazný právní názor předsedy Úřadu vyslovený ve výše citovaném rozhodnutí v této části odůvodnění zaměřil na posouzení výše uvedených skutečností souvisejících se zákonem o kybernetické bezpečnosti, k čemuž uvádí následující.
245. K posouzení otázky, zda je předmětný informační systém TIS provozovaný obviněným prvkem kritické informační infrastruktury, Úřad uvádí, že obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 9. 5. 2019 zaslaného Úřadu v rámci šetřeného řízení o přestupcích předložil přípis Národního centra kybernetické bezpečnosti č. j. 8100/2015-NBÚ/41 ze dne 26. 10. 2015, v němž Národní centrum kybernetické bezpečnosti uvědomilo obviněného o tom, že Národní bezpečnostní úřad určil opatřením obecné povahy prvky kritické infrastruktury na území České republiky v odvětví VI. Komunikační a informační systémy, oblasti kybernetické bezpečnosti, přičemž v příloze č. 2 „Podrobná tabulka určených prvků KII“ citovaného přípisu jsou definovány prvky kritické infrastruktury spravované obviněným následovně: *„Informační a komunikační systémy ŘLP, s. p. zajišťující přibližovací službu řízení a letištní službu řízení letiště určeného jako kritická infrastruktura a oblastní službu řízení poskytující letové provozní služby, včetně řízení letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky“*. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že předmětný informační systém TIS zajišťuje elektronickou formu deníku technického sálu, vydávání a evidenci provozních pokynů a operativních informací, vedení evidence chyb a pravidelné údržby na systémech řízení letového provozu, evidence provádění letových ověření Úřadu pro civilní letectví a sledování jejich platnosti, evidence platných typových osvědčení, aj. Úkolem daného systému je evidovat a přehledně zpřístupňovat informace související se stavem technických systémů, a to jak z hlediska provozního, tak v souvislosti se šetřením incidentů i z hlediska změn v životním cyklu dalších systémů, které slouží řídicím letového provozu k řízení provozu ve vzdušném prostoru ČR. Systém TIS slouží jako podpora a evidence pro administrativní i odborné činnosti související s řízením letového provozu a tvoří i podpůrnou aplikaci pro zpracovávání, distribuci, šetření a evidenci hlášení o událostech v letovém provozu. Z výše uvedeného tak vyplývá, že předmětný informační systém TIS spadá pod výše zmíněné definiční znaky kritické infrastruktury provozované obviněným, neboť se jedná o informační systém obviněného zajišťující letištní službu řízení letiště, prostřednictvím něhož je zajišťováno řízení letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky. Úřad proto konstatuje, že informační systém TIS je prvkem kritické informační infrastruktury provozované obviněným.

246. V návaznosti na výše učiněný závěr se Úřad dále zabýval otázkou, zda zákon o kybernetické bezpečnosti obviněnému ukládá takové povinnosti, jejichž splnění není možné bez omezení či vyloučení hospodářské soutěže, případně zda byl v šetřeném případě přiměřený postup obviněného spočívající v zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění.
247. Z ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti, které již Úřad citoval výše v bodech 175. až 177. odůvodnění tohoto rozhodnutí, vyplývá povinnost obviněného zavést a provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti informačního systému, přičemž uvedená bezpečnostní opatření jsou definována obecně jako souhrn úkonů, jejichž cílem je zajištění bezpečnosti informací v informačních systémech a dostupnosti a spolehlivosti služeb a sítí elektronických komunikací v kybernetickém prostoru. Zohlednění požadavků z výše uvedených bezpečnostních opatření nelze dle citovaného zákona vnímat jako nezákonné omezení hospodářské soutěže.
248. Ačkoliv tedy zákon o kybernetické bezpečnosti připouští jisté omezení hospodářské soutěže v souvislosti se zohledněním bezpečnostních opatření zadavatelem, nelze optikou Úřadu z výše uvedeného nikterak dovozovat závěr, že samotná skutečnost, že předmětný informační systém je prvkem kritické informační infrastruktury, může být akceptována jako důvod pro úplné vyloučení hospodářské soutěže použitím jednacím řízení bez uveřejnění. V případě takového výkladu by totiž posléze mohla být jakákoliv veřejná zakázka související s každým takovým informačním systémem zadávána bez dalšího v jednacím řízení bez uveřejnění popírajícím primární účel zákona, kterým je zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky.
249. Obviněný v šetřeném případě argumentuje, že z bezpečnostních důvodů bylo v daném případě nutné maximálně omezit počet subjektů majících technické informace o fungování systému kritické informační infrastruktury, protože je nemyšlitelné, aby obviněný, pokud by disponoval příslušnými zdrojovými kódy, opakovaně zadával veřejné zakázky na rozvoj takového systému v otevřeném řízení a poskytoval tak uvedené zdrojové kódy neomezenému okruhu potenciálních dodavatelů.
250. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudky Soudního dvora Evropské unie, jakož i na metodiku NÚKIB a závěry Úřadu uvedené výše v bodech 181. a 182. odůvodnění tohoto rozhodnutí, které jsou plně aplikovatelné i na šetřený případ. Úřad tedy s ohledem na odkazovanou argumentaci i v případě veřejné zakázky Release TIS 2017 dospěl k závěru, že dostatečným bezpečnostním opatřením k zajištění důvěrnosti údajů představujících zdrojové kódy, resp. další technické informace potřebné k úpravě předmětného informačního systému, může být i úprava zadávacích podmínek dané veřejné zakázky zadávané v některém z otevřenějších druhů zadávacích řízení, a to ve smyslu zakotvení povinnosti mlčenlivosti ohledně takto poskytnutých informací pro uchazeče, kteří se s těmito informacemi seznámí, spolu s nastavením odpovídajících sankcí za porušení takové povinnosti, případně omezení účasti v daném zadávacím řízení pouze konkrétním subjektům, kteří prokazatelně neposkytují záruky dodržování uvedených povinností mlčenlivosti.
251. I s ohledem na výše uvedené proto Úřad dospěl k názoru, že v šetřeném případě neobstojí argumentace obviněného spočívající v nutnosti zajištění bezpečnosti předmětného

informačního systému jakožto prvku kritické informační infrastruktury, jako důvod pro zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění.

252. Nad rámec toho Úřad uvádí, že v rámci posouzení dané problematiky Úřad rovněž usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 vyzval obviněného k písemnému sdělení, z jakého důvodu nebylo možné v případě veřejné zakázky Release TIS 2017 učinit jiná bezpečnostní opatření (ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti) k zajištění kybernetické bezpečnosti předmětného informačního systému, kterými by došlo k mírnějšímu omezení hospodářské soutěže, než použít pro zadání citované veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, resp. splnění kterých konkrétních povinností obviněného vyplývajících ze zákona o kybernetické bezpečnosti by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacího řízení bez uveřejnění. Obviněný v návaznosti na tuto výzvu Úřadu ve svém vyjádření ze dne 4. 12. 2019 sdělil, že svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 neodůvodňoval skutečností, že je provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury, nýbrž autorskoprávními důvody. Obviněný dále uvedl, že v rámci svých předchozích vyjádření pouze obecně konstatoval a nadále trvá na tom, že s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti by měl být z bezpečnostních důvodů maximálně omezen počet subjektů, kteří mají technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury, přičemž žádnou bližší argumentaci obviněný k této otázce nepředložil. V návaznosti na výše uvedené Úřad uzavírá, že ani sám obviněný v šetřeném případě neoznačil žádnou konkrétní povinnost plynoucí ze zákona o kybernetické bezpečnosti, jejíž splnění by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž stejně tak ani Úřad existenci žádné takové konkrétní povinnosti obviněného neshledal. Jak přitom Úřad uvedl výše, v daném případě nepředstavovala povinnost obviněného zajistit bezpečnost daného informačního systému důvod pro oprávněné zadání citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.
253. Úřad však na tomto místě opakovaně zdůrazňuje skutečnost, že obviněný zdrojovými kódy a informacemi potřebnými k úpravě předmětného informačního systému vůbec nedisponoval. V takovém případě tudíž nelze dle Úřadu akceptovat argumentaci obviněného odůvodňující oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění „ochranou“ dat v situaci, kdy obviněný těmito daty ani reálně nedisponuje a nemá tak plnou kontrolu nad jejich využitím. V každém případě Úřad zastává názor, že samotná skutečnost, že předmětný informační systém je prvkem kritické informační infrastruktury, není automaticky důvodem pro oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění.
254. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že ve vztahu k postupu obviněného spočívajícího v zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění zohlednil veškeré skutečnosti, k jejichž posouzení byl povinován rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, přičemž i po zvážení těchto skutečností Úřad setrvává na svém závěru, že postup obviněného v jednacím řízení bez uveřejnění byl nezákonný.

K argumentaci obviněného týkající se hospodárnosti jím zvoleného postupu

255. Z Investičního záměru Release TIS 2017 vyplývá, že obviněný zvolil upgrade a aktualizaci informačního systému TIS, namísto pořízení nového informačního systému, který by ten stávající nahradil.
256. Tento postup je ve zmíněném investičním záměru zdůvodněn zásadou hospodárnosti a efektivnosti nakládání s veřejnými prostředky, protože podle tohoto investičního záměru by vybudování nového systému bylo několikanásobně nákladnější než pouhá aktualizace informačního systému. Dále je v citovaném investičním záměru uvedeno, že by došlo ke znehodnocení dosavadních investic do již fungujícího informačního systému, přičemž lze s velkou mírou pravděpodobnosti předpokládat, že vybudování nového informačního systému by bylo investičně náročnější, než je součet dosavadních investic do stávajícího informačního systému i po započítání požadovaných úprav. Nadto je v Investičním záměru Release TIS 2017 uvedeno, že jiné varianty zadání předmětu této veřejné zakázky není možné zrealizovat a to jednak z důvodu možné nekompatibility a neúplné funkčnosti všech funkcí s dopadem na bezpečnost systému, a též z důvodu nehospodárnosti a neúměrně vysoké finanční, technické a časové náročnosti při poptávání zcela nového systému.
257. Ve vyjádření ze dne 9. 5. 2019 rozvíjí obviněný argumentaci, že pořízení zdrojových kódů informačního systému by bylo nehospodárné, přičemž ani zisk těchto zdrojových kódů by nemusel stačit k následnému vývoji informačního systému. K tomu je dle slov obviněného potřeba také dokumentace architektury systému, dokumentace jeho datových struktur, dokumentace použití nástrojů třetích stran, a v neposlední řadě také návazné kontinuální poskytování aktualizovaných verzí zdrojových kódů informačního systému. Podle obviněného by pak bylo potřeba i pořízení know-how k předmětnému informačnímu systému, aby vývoj a aktualizace mohla provádět osoba odlišná od tvůrce. Obviněný pak ve zmíněném vyjádření uvádí, že *„poskytnutí zdrojového kódu v dostatečné kvalitě a získání práva počítačový program užívat tak, aby byly možné jeho pozdější změny umožňující jeho údržbu a rozvoj, jsou nevyhnutelně spojeny s navýšením ceny za dodání tohoto počítačového programu.“* Dále v tomto vyjádření obviněný vyjadřuje názor, že rozhodnou skutečností pro posuzování zákonnosti postupu obviněného má být posouzení ekonomického aspektu, tedy zda zájem na hospodářské soutěži o část celku odůvodňuje zmaření investice, která do tohoto celku již byla obviněným vložena, a zároveň navrhuje, aby Úřad provedl vlastní posouzení zmíněných ekonomických aspektů, a dodává, že podle zákona nebylo jeho povinností provádět ekonomická posouzení před použitím jednacím řízení bez uveřejnění, a to i s ohledem na fakt, že *„ekonomická nevýhodnost nahrazení původního plnění je zřejmá již prima facie.“*
258. K uvedeným aspektům hospodárnosti Úřad předně konstatuje, že z ustálené rozhodovací praxe správních soudů, jakož i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, vyplývá, že zásadě hospodárnosti zadávání veřejných zakázek, jejímž naplněním obviněný mj. odůvodňuje použití jednacím řízení bez uveřejnění v šetřeném případě, nemá a nemůže být automaticky přiznána aplikační přednost před povinností postupovat v zadávacím řízení veřejné zakázky podle zákona. Primárním účelem zákona je totiž zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky, přičemž vedle obecných principů hospodárného nakládání s veřejnými prostředky musí být ve vztahu k zákonu dodržována i zásada transparentnosti a přiměřenosti a zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace. K tomu Úřad odkazuje na

závěry judikatury a rozhodovací praxe Úřadu již citované v bodech 190. a 191. odůvodnění tohoto rozhodnutí, které Úřad na tomto místě pro přehlednost již neopakuje.

259. K výše uvedenému Úřad pro úplnost uvádí, že nepopírá, že zvolená varianta zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění mohla být zadavatelem z aktuálního pohledu vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, avšak v daném případě nelze odhlédnout od skutečnosti, že k danému informačnímu systému bylo za dobu jeho fungování uzavřeno množství navazujících smluv o dílo (jak vyplývá z bodu 197. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kterými měl být zajištěn vývoj a aktualizace tohoto informačního systému. S ohledem na množství navazujících smluv o dílo nelze dle Úřadu dovozovat, že by opakované zadávání plnění zajišťujících úpravy daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění bylo hospodárnějším řešením, než realizace předmětných úprav prostřednictvím zadání těchto plnění např. v otevřeném řízení, v rámci něhož se na rozdíl od jednacím řízení bez uveřejnění uplatní hospodářská soutěž o veřejnou zakázku mezi potenciálními dodavateli, a vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS by byl v takovém případě mj. nucen odpovídajícím způsobem snížit svou nabídkovou cenu s ohledem na existenci konkurenčního prostředí. K dokreslení tohoto závěru odkazuje Úřad na rozhodnutí Úřadu citované v bodě 192. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
260. Zásadní však zůstává skutečnost, že obviněným tvrzená hospodárnost nemůže odůvodnit zadávání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Omezení, případně úplné vyloučení hospodářské soutěže, ke kterému dochází při použití jednacím řízení bez uveřejnění, je striktně vázáno na splnění zákonných podmínek pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, přičemž zásadou hospodárnosti v postupu zadavatele nemůže být legitimizován postup zadavatele pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, kde je zcela potlačena hospodářská soutěž a ta je, jak Úřad uvedl výše, primárním cílem zákona. Samotné dodržení zásady hospodárnosti (které se navíc může projevit pouze v krátkodobém horizontu) tedy nemůže mít za následek vyloučení zásad zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 zákona. Výše uvedené závěry Úřadu vychází z aktuální judikatury, na kterou je v odůvodnění tohoto rozhodnutí opakovaně odkazováno.

K posouzení vlivu postupu obviněného na výběr dodavatele

261. Závěrem této části odůvodnění Úřad přistoupil k posouzení vlivu spáchání výše uvedeného přestupku obviněným na výběr dodavatele. Výše popsany nezákonný postup obviněného mohl ovlivnit výběr dodavatele u předmětné veřejné zakázky, neboť použitím jednacím řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacím řízením zúčastnit, resp. zcela vyloučil možnost účasti jakýchkoliv jiných dodavatelů, než vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Nelze tak vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával danou veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším druhu zadávacím řízení, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější nabídky, než výše jmenovaný vybraný dodavatel. Úřad k tomuto pro úplnost dodává, že pro naplnění dikce ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona postačí pouhá možnost ovlivnění výběru dodavatele, tudíž úvaha nad potencialitou ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je součástí legitimního správního uvážení, k čemuž Úřad odkazuje na rozhodovací praxi již zmíněnou výše v bodě 195. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

262. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 jednací řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05“ ze dne 5. 12. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo Release TIS 2017. S ohledem na výše uvedené důvody Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. tohoto rozhodnutí (veřejná zakázka Úprava HMI systému CMOS)

Skutečnosti předcházející zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS

263. Z obdržené dokumentace a z vyjádření obviněného k žádosti Úřadu o sdělení informací a zaslání dokumentů ze dne 5. 6. 2018 vyplývá, že k softwarovému produktu CMOS byly během let 2000 až 2017 uzavřeny mezi obviněným a vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS následující smlouvy o dílo:

- a) Smlouva o dílo č. 3150/2127/00 ze dne 13. 10. 2000 (dále jen „původní smlouva o dílo Úprava HMI systému CMOS“),
- b) Smlouva o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 26. 6. 2002,
- c) Smlouva o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005,
- d) Smlouva o dílo č. 3013/2161/05 ze dne 31. 1. 2006,
- e) Smlouva o dílo č. 5016/2045/06 ze dne 18. 9. 2006,
- f) Smlouva o dílo č. 5016/2064/06 ze dne 8. 12. 2006,
- g) Smlouva o dílo č. 3013/2081/07 ze dne 15. 11. 2007,
- h) Smlouva o dílo č. 5016/2034/07 ze dne 19. 9. 2007,
- i) Smlouva o dílo č. 066/113/08 ze dne 5. 6. 2008,
- j) Smlouva o dílo č. 109/113/08 ze dne 30. 7. 2008,
- k) Smlouva o dílo č. 046/113/09 ze dne 11. 5. 2009,
- l) Smlouva o dílo č. 013/113/10 ze dne 15. 2. 2010,
- m) Smlouva o dílo č. 014/113/10 ze dne 22. 2. 2010,
- n) Smlouva o dílo č. 040/113/10 ze dne 26. 4. 2010,
- o) Smlouva o dílo č. 049/113/10 ze dne 25. 5. 2010,
- p) Smlouva o dílo č. 095/113/10 ze dne 19. 8. 2010,
- q) Smlouva o dílo č. 137/113/10 ze dne 19. 11. 2010,
- r) Smlouva o dílo č. 038/113/11 ze dne 12. 5. 2011,

- s) Smlouva o dílo č. 113/113/11 ze dne 19. 10. 2011,
- t) Smlouva o dílo č. 151/113/11 ze dne 3. 1. 2012,
- u) Smlouva o dílo č. 047/113/12 ze dne 11. 5. 2012,
- v) Smlouva o dílo č. 119/113/12 ze dne 23. 11. 2012,
- w) Smlouva o dílo č. 178/2013/IS/113 ze dne 8. 8. 2013,
- x) Smlouva o dílo č. 465/2013/IS/083 ze dne 7. 3. 2014,
- y) Smlouva o dílo č. 272/2014/IS/113 ze dne 29. 9. 2014,
- z) Smlouva o dílo č. 073/2016/IS/113 ze dne 13. 5. 2016,
- aa) Smlouva o dílo č. 174/2016/IS/113 ze dne 18. 1. 2017 (dále jen „smlouva o dílo Úprava HMI systému CMOS“).

264. Smlouvou o převzetí vývoje, záruk a servisu monitorovacích systémů č. 12/07 ze dne 22. 3. 2007 uzavřenou mezi obviněným, dodavatelem CS SOFT a dodavatelem ELCOM došlo k převodu všech práv, závazků a povinností k softwarovým produktům TIS a CMOS z dodavatele CS SOFT na dodavatele ELCOM. Rozhodnutím ze dne 29. 10. 2008 pak došlo ke změně obchodní firmy vybraného dodavatele ELCOM na obchodní firmu „ELVAC SOLUTIONS s.r.o.“

265. V původní smlouvě o dílo Úprava HMI systému CMOS uzavřené mezi obviněným a dodavatelem CS SOFT, na základě které byl zhotoven uživatelský software systému CMOS, je v čl. 13 „VLASTNICKÉ PRÁVO A NEBEZPEČÍ ŠKODY“ v odstavci 13.1. a 13.2. uvedeno, že „[p]ředmět této Smlouvy o dílo se stává po úspěšně ukončených akceptačních testech výhradním majetkem Objednatele a Zhotovitel nemá právo bez souhlasu Objednatele s ním nakládat. (...) Objednatel se stává držitelem SW licencí pro aplikační SW po úspěšném ukončení SW akceptačních testů a pro operační (standardní) SW po úspěšném ukončení HW akceptačních testů.“

Skutečnosti týkající se zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS

266. Z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou Úprava HMI systému CMOS vyplývá, že v bodě 2. „Druh veřejné zakázky“ výzvy Úprava HMI systému CMOS zadavatel uvedl, že veřejná zakázka Úprava HMI systému CMOS je klasifikována jako podlimitní veřejná zakázka na služby, přičemž se jedná o veřejnou zakázku zadávanou formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť z důvodu ochrany výhradních práv může být daná veřejná zakázka splněna pouze určitým dodavatelem, a to vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS.

267. Z bodu 3. „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy Úprava HMI systému CMOS vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS byla úprava uživatelského rozhraní systému CMOS pro pracoviště technické obsluhy v ITS IATCC, pro pracoviště technických dohledů i pro pracoviště technické obsluhy na regionálních letištích. Podmínkou pro úpravu uživatelského rozhraní je doplnění hardwarových prostředků systému CMOS a upgrade platformy Citect pro systém CMOS.

268. Z čl. II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ Oznámení o výsledku podlimitního zadávacího řízení uveřejněného ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2017 vyplývá, že

předpokládaná hodnota veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS byla zadavatelem stanovena ve výši 5 400 000,- Kč bez DPH.

269. Z poskytnuté dokumentace vyplývá, že obviněný uzavřel dne 18. 1. 2017 s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS, ze které vyplývá, že obviněný požadoval od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS „vytvoření díla pod názvem: „Úprava HMI systému CMOS“. Jedná se o úpravu systému CMOS (Centrální Monitorovací a Ovládací Systém) (dále také jako „Systém“), jehož původním dodavatelem je zhotovitel, a je také nositelem autorských práv k tomuto Systému. Systém je koncipován jako centrální monitorovací a ovládací systém pro zařízení a systémy ATM, je určen pro podporu pracovníkům technických sálů při monitorování a řízení jiných svěřených systémů. Systém je certifikován Úřadem pro civilní letectví.“, přičemž předmětem této smlouvy byla „úprava uživatelského rozhraní Systému pro pracoviště technické obsluhy v ITS IATCC, pro pracoviště technických dohledů i pro pracoviště technické obsluhy na regionálních letištích. Podmínkou pro úpravu uživatelského rozhraní je doplnění hardwarových prostředků Systému a upgrade platformy Citect pro Systém v následujícím rozsahu:

- přechod na platformu Citect 7.50 a s tím související úpravy v kódu
- úpravy grafických layoutů
- sjednocení grafiky, úprava stávajících grafických komponent
- 9 ks serverů na platformě Intel, 32 GB paměti, s montáží do racku, se standardním HW a SW vybavením tak, aby splňovali výkonové i provozní parametry jako Aplikační server pro Systém ve verzi s poptávaným novým HIVII
- 3 ks monitorů s poměrem stran 16:10, úzký černý rámeček, rozlišení 1920x1200, úhlopříčka 24" určené pro provoz 24/7.“

Celková konečná hodnota této zakázky činila 5 118 950 Kč bez DPH.

270. V čl. 4.1 části 4. „Autorská práva“ smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS je uvedeno, že „[z]hotovitel uděluje objednateli právo dílo užít (dále jen „licenci“), a to v rozsahu a za podmínek touto smlouvou a smlouvou o úschově zdrojových kódů (viz níže odst. 4.3) stanovených. Licence se poskytuje jako nevýhradní, časově, místně ani jinak neomezené právo dílo užít, a to ke všem způsobům užití.“

271. V čl. 4.2 smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS se dále uvádí, že „[p]ro vyloučení pochybností strany prohlašují, že veškerá data, konfigurace, uživatelská nastavení či šablony pořízené pomocí díla nebo v něm obsažené jsou předmětem majetkových práv autorských objednatel a zhotovitel je pouze oprávněn je užít v rámci poskytování plnění dle této smlouvy, a to na základě výslovného pokynu objednatel.“

272. Dle čl. 4.3 výše uvedené smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS „[p]ro případ opakovaného neplnění smlouvy zhotovitelem, ukončení vývoje Systému ze strany zhotovitele, odmítnutí nebo neschopnosti uzavřít ze strany zhotovitele smlouvu na další rozvoj Systému, zániku zhotovitele, úpadku zhotovitele nebo při jeho likvidaci je uzavřena smlouva o úschově zdrojových kódů č.157/2015/PS/088 ze dne 12. 05 2015 ve které jsou stanoveny podmínky, za kterých mohou být objednateli zpřístupněny zdrojové kódy k Systému.“

273. Charakteristika podstatných bodů smlouvy o úschově zdrojových kódů č.157/2015/PS/088 je již dříve uvedena v bodech 208. až 210. tohoto rozhodnutí, proto Úřad v tomto odkazuje na dané body tohoto rozhodnutí.
274. V Písemné zprávě zadavatele k veřejné zakázce Úprava HMI systému CMOS ze dne 18. 1. 2017 je uvedeno, že se jedná o „*úpravu uživatelského rozhraní systému CMOS přímo od dodavatele systému a vlastníka autorských práv k předmětnému systému, tj. společnosti ELVAC SOLUTIONS s.r.o. S ohledem na nutnou ochranu autorských práv byl osloven přímo původní dodavatel systému. Přesto, že zadavatel disponuje zdrojovými kódy, nejsou naplněny podmínky pro jejich použití. Z výše uvedených důvodů jsou naplněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění § 63 odst. 3 c) ZZVZ, kdy veřejná zakázka může být splněna z důvodu ochrany výhradních práv pouze určitým dodavatelem.*“
275. V Investičním záměru na veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS ze dne 16. 11. 2016 (dále jen „Investiční záměr Úprava HMI systému CMOS“) se v části „Zdůvodnění výběru dodavatele“ uvádí, že „*[p]ředmětem veřejné zakázky je úprava uživatelského rozhraní CMOS. Systém CMOS byl vytvořen na základě smlouvy o dílo dodavatelem ELVAC SOLUTIONS s.r.o. (dále jen ‚dodavatel‘) uzavřené již v roce 2000 a je považován za autorské dílo požívající ochrany dle zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen ‚autorský zákon‘). Dodavatel je tak držitelem autorských práv k předmětnému systému (...) Pro případ porušení této smlouvy byla s dodavatelem uzavřena též Smlouva o úschově zdrojových kódů (smlouva 157/2015/PS/088), na základě které mohou být ŘLP ČR, s.p. zpřístupněny zdrojové kódy, avšak pouze za speciálně stanovených podmínek, které v daném případě nyní nejsou naplněny. ŘLP ČR, s.p. tak nemůže se zdrojovými kódy disponovat, přičemž nevýhradní licence mu umožňuje dílo užit. Vedle práva dílo užit je však třeba odděleně vnímat právo na provedení změn, modifikací nebo jiných zásahů do díla.*“ Zadavatel v citovaném investičním záměru dále uvedl, že „*[d]odavateli ELVAC SOLUTIONS s.r.o. svědčí autorská práva k systému CMOS, přičemž ŘLP ČR, s.p. nemá oprávnění do systému jakkoli zasahovat, upravovat jej či rozšiřovat.*“
276. Z bodu 4. „Navrhované řešení“ Studie proveditelnosti pro Investiční akci: Úprava HMI systému CMOS ze dne 9. 11. 2016 (dále jen „studie proveditelnosti Úprava HMI systému CMOS“) vyplývá, že v rámci veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS „*[j]e požadováno upravit HMI systému CMOS na rozlišení 16:10 a provést s tím související upgrade HW i SW platformy pro CMOS.*“ V bodu 3.2 „Cílový stav“ citované studie proveditelnosti je uvedeno, že cílovým stavem „*je upravené HMI pro všechna pracoviště CMOS využívající maximální rozlišení stávajících monitorů 16:10. Všechny pracovní stanice, i servery systému CMOS budou využívat aktualizovanou verzi systému Citect 7.50, která má výrazně lepší grafické možnosti, je doporučovaná distributorem této platformy a má zaručenou dlouhodobou podporu.*“

Právní posouzení

277. Úřad rovněž ve vztahu k výroku III. tohoto rozhodnutí nejprve uvádí, že rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 byl povinován k tomu, aby se při novém projednání části věci podrobněji zabýval otázkou zavinění vzniku stavu exkluzivity a posouzením předmětů šetřených veřejných zakázek

s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti, jak již Úřad specifikoval výše v bodě 143. odůvodnění tohoto rozhodnutí ve vztahu k jeho výroku I. Úřad se proto i v rámci odůvodnění výroku III. tohoto rozhodnutí zaměřil mimo jiné na posouzení výše uvedených skutečností, přičemž jednotlivé nastíněné otázky Úřad taktéž rozebírá níže v rámci příslušných pasáží odůvodnění souvisejících s danou tematikou.

278. V šetřeném případě zadal obviněný veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, které je podle tohoto ustanovení zákona zadavatel oprávněn využít tehdy, pokud příslušná veřejná zakázka může být splněna, pokud je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv duševního vlastnictví, pouze určitým dodavatelem.
279. Úřad uvádí, že z dokumentace předložené obviněným, konkrétně z výzvy Úprava HMI systému CMOS, vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS je úprava uživatelského rozhraní systému CMOS pro pracoviště technické obsluhy v ITS IATCC, pro pracoviště technických dohledů i pro pracoviště technické obsluhy na regionálních letištích. Podmínkou pro úpravu uživatelského rozhraní systému CMOS v rámci realizace citované veřejné zakázky je doplnění hardwarových prostředků systému CMOS a upgrade platformy Citect pro systém CMOS.
280. Jak již Úřad konstatoval v obecné části odůvodnění týkající se použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky, pro posouzení souladu postupu obviněného se zákonem je třeba nejprve posoudit, zda byly v šetřené veřejné zakázce Úprava HMI systému CMOS naplněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to jak podmínky formální, tj. zda byly dány objektivní autorskoprávní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení, tak podmínky materiální, tj. zda obviněný stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS sám nezapříčinil, například v důsledku svého předchozího postupu při uzavírání smluv na plnění, na které šetřená veřejná zakázka navazuje či je rozvíjí.

K posouzení splnění formálních podmínek jednacího řízení bez uveřejnění

281. K otázce splnění formální podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS Úřad uvádí, že systém CMOS byl vytvořen na základě původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS uzavřené mezi obviněným a dodavatelem CS SOFT. Jak již Úřad uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, v daném případě došlo k převodu všech práv, závazků a povinností k softwarovému produktu CMOS z dodavatele CS SOFT na dodavatele ELCOM, který poté v roce 2008 změnil obchodní firmu na „ELVAC SOLUTIONS s.r.o.“ V původní smlouvě o dílo Úprava HMI systému CMOS je v čl. 13 „VLASTNICKÉ PRÁVO A NEBEZPEČÍ ŠKODY“ v odstavci 13.2. uvedeno, že „[o]bjednatel se stává držitelem SW licencí pro aplikační SW po úspěšném ukončení SW akceptačních testů a pro operační (standardní) SW po úspěšném ukončení HW akceptačních testů.“ Zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS předcházelo Investiční záměr Úprava HMI systému CMOS, kde se v části „Zdůvodnění výběru dodavatele“ uvádí, že systém CMOS byl vytvořen na základě původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS již v roce 2000 a je považován za autorské dílo, které požívá ochrany dle autorského zákona a držitelem autorských práv k systému CMOS je tak vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS. Dále je v citovaném investičním záměru uvedeno, že obviněný nemůže se zdrojovými kódy disponovat, přičemž licence mu umožňuje systém CMOS užívat, nikoliv ho však měnit, nebo

vyvíjet. K tomu by podle citovaného investičního záměru byl nutný souhlas vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS, který nebyl obviněnému udělen.

282. Z uvedeného je podle Úřadu zřejmé, že formální podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění byly v šetřeném případě splněny, neboť obviněný původní smlouvou o dílo Úprava HMI systému CMOS ze dne 13. 10. 2000 získal pouze licence podle autorského zákona k informačnímu systému, které mu neumožňovaly vývoj, modifikaci a změny tohoto systému bez udělení souhlasu ze strany vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Tento souhlas však nebyl obviněnému poskytnut, a současně není z dalšího vývoje jednotlivých smluvních vztahů na základě předchozích smluv k jednotlivým zakázkám zřejmé, že by došlo ke změně skutkových okolností, resp. že by v průběhu doby byla obviněnému poskytnuta neomezená licence včetně např. zdrojových kódů, která by umožnila navazující veřejné zakázky zadávat v „otevřenějších“ druzích zadávacího řízení, proto Úřad k tomuto uzavírá, že formální podmínka pro použití jednacího řízení bez uveřejnění při zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS byla ze strany obviněného splněna, neboť v daném případě prokazatelně vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS disponoval výhradními právy k předmětnému systému, která neumožňovala zadání dané veřejné zakázky v zadávacím řízení při zachování hospodářské soutěže mezi dodavateli.

K posouzení splnění materiálních podmínek jednacího řízení bez uveřejnění

283. Po posouzení splnění formálních podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění při zadávání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS obviněným přikročil Úřad k posouzení, zda obviněný splnil také materiální podmínku jednacího řízení bez uveřejnění při zadávání této veřejné zakázky, k čemuž uvádí následující.
284. Jak již uvedl Úřad výše v odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí, ve vztahu k otázce materiálního naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění Úřad předně vycházel z aktuální konstantní rozhodovací praxe Krajského soudu v Brně, na kterou je odkazováno v bodě 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí, v rámci níž krajský soud definoval tři základní typové situace, v nichž podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění nebývají materiálně naplněny a v nichž zadavatel není oprávněn zadávat navazující veřejnou zakázku prostřednictvím jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž od třetí z odkazovaných typových situací je nutno odlišovat čtvrtou typovou situaci, u níž je zadání veřejné zakázky formou jednacího řízení bez uveřejnění akceptovatelné. Ve vztahu ke konkrétním okolnostem šetřeného případu se Úřad dále zabýval posouzením, zda se obviněný v případě zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění nacházel ve třetí, nebo ve čtvrté shora popsané typové situaci, k čemuž Úřad uvádí následující.
285. Jak bylo konstatováno ve výroku III. tohoto rozhodnutí, obviněný zapříčinil stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS při uzavírání smluv souvisejících s předmětem plnění výše specifikované veřejné zakázky, přičemž ke konkrétnímu okamžiku vzniku stavu exkluzivity se Úřad podrobněji vyjadřuje níže v pasáži týkající se změny právního postavení zadavatele a dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí Úřad rovněž rozebírá otázku zadávání dalších navazujících smluv k danému systému, kterými byl stav exkluzivity obviněným v průběhu času udržován. Ve svém vyjádření ze dne 9. 5. 2019 obviněný mj. uvedl, že předmět plnění veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS představoval jednorázové plnění, jehož potřeba byla značnou měrou vyvolána změnou legislativy či novými požadavky

na zajištění bezpečnosti, přičemž obviněný nemohl potřebu aktualizací daného informačního systému předvídat v době jeho pořízení. Dále ve svém vyjádření trval na tom, že v době budování předmětného informačního systému CMOS byla oprávněná jeho úvaha, že požadavek na zdrojové kódy k tomuto informačnímu systému by byl neúčelný a nevhodný, přičemž tržní praxe takový požadavek ani neumožňovala. Jelikož obviněný v rámci jím podaného rozkladu ze dne 2. 7. 2019 uvedl, že potřeba zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění v roce 2017 byla vyvolána objektivně nepředvídatelnými okolnostmi, konkrétně uvedl, že potřeba jejího zadání vyvstala z technologického vývoje po více než 17 letech od uzavření původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS, což je dle obviněného skutečnost, kterou nemohl v době pořízení daného systému předvídat, Úřad obviněného vyzval nejprve usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 a následně opakovaně usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 k prokázání výše uvedených jím tvrzených skutečností. Obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 4. 12. 2019 nejprve uvedl, že předmět plnění citované veřejné zakázky představoval jednorázové plnění, přičemž předmět dané veřejné zakázky reagoval na technologický vývoj po více než 17 letech od uzavření iniciační smlouvy, což je skutečnost, která nemohla být efektivně předvídána, zejména pak nemohlo být předvídáno, že předmětné SW řešení bude mít životnost přesahující těchto 17 let, což dle obviněného vyplývá z investičního záměru citované veřejné zakázky. Obviněný navíc uvedl, že v době uzavření iniciační smlouvy k systému CMOS nebyl veřejným zadavatelem, tudíž nemohl jednat s vědomím zavinění stavu exkluzivity, neboť v té době uzavřel danou iniciační smlouvu jako ryze soukromoprávní kontrakt neregulovaný právní úpravou zadávání veřejných zakázek, přičemž následnou změnu svého právního postavení jako veřejného zadavatele v důsledku legislativních změn obviněný shledává jako objektivní nepředvídatelnou okolnost ve světle výše citované judikatury krajského soudu. Obviněný následně ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2020 v návaznosti na opakovanou žádost ze strany Úřadu nad rámec výše uvedených informací doplnil, že potřeba realizace daného jednacím řízení bez uveřejnění vyvstala z důvodů realizace bezpečnostních opatření, konkrétně obecným bezpečnostním (cyber security) požadavkem provozovat systém CMOS na aktuální, výrobcem podporované, SW platformě a na aktuálním HW, pro který existuje servis, resp. na trhu náhrada (monitory v rozlišení 16:10 pro provoz 24/7). K tomu obviněný dodal, že systém CMOS aktuálně slouží k monitorování desítek systémů (přibližně 500 různých zařízení) v rámci prostředí obviněného a je též již certifikován Úřadem pro civilní letectví, což u případného nového systému nelze zaručit.

286. V návaznosti na výše uvedené tak Úřad přistoupil k posouzení jednotlivých skutečností tvrzených obviněným z hlediska toho, zda je možné tyto skutečnosti označit za objektivně zadavatelem nepředvídatelné okolnosti ve světle výše citované judikatury, odůvodňující potřebu zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž k tomuto posouzení Úřad uvádí následující.
287. Úřad v prvé řadě přikročil k vypořádání argumentace obviněného, že v době uzavření původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS ze dne 13. 10. 2000 nebyl v pozici veřejného zadavatele, což dle jeho názoru představuje objektivní nepředvídatelnou okolnost odůvodňující oprávněnost zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím

řízení bez uveřejnění. Obviněný konkrétně uvádí, že v době zadání výše zmíněné původní smlouvy dle tehdy účinného zákona č. 199/1994 Sb., zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, nedopadala na obviněného žádná z definic veřejného zadavatele dle § 2 písm. b) citovaného zákona, neboť dle tehdy účinné právní úpravy byla veřejným zadavatelem mimo jiné právnická osoba, která k úhradě veřejné zakázky použije prostředky státního rozpočtu, státních fondů, příspěvků mezinárodních organizací nebo rozpočtů územních samosprávných celků, přičemž obviněný jakožto státní podnik nehospořádal ani nehospořádal s finančními prostředky státního rozpočtu, státních fondů, příspěvků mezinárodních organizací nebo rozpočtů územních samosprávných celků. Obviněný se stal veřejným zadavatelem až následně ode dne 1. 5. 2004 za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném ode dne 1. 5. 2004, a to jako „...jiná právnická osoba, pokud byla zřízena zákonem nebo na základě zákona za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu a je financována převážně veřejnými zadavateli, nebo je veřejnými zadavateli řízena nebo veřejní zadavatelé jmenují více než polovinu členů v jejím správním, řídicím nebo kontrolním orgánu.“ Na základě výše uvedeného Úřad přistoupil ke tvrzení obviněného, že obviněný nebyl v okamžiku uzavření původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS ze dne 13. 10. 2000 v postavení veřejného zadavatele, nicméně současně s tím Úřad konstatuje, že v daném případě nelze odhlédnout od skutečnosti, že obviněný následně zadal celkem 25 navazujících veřejných zakázek k danému informačnímu systému vybranému dodavateli ELVAC SOLUTIONS v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy již obviněný byl v pozici veřejného zadavatele⁵. V této souvislosti Úřad připouští, že za dané situace nelze obviněnému v současnosti vytýkat, že v době, kdy ještě nebyl veřejným zadavatelem, nepřizpůsobil jím uzavírané obchodní smlouvy budoucí aplikaci práva veřejných zakázek, neboť v dané době skutečně nemohl předvídat, že se na základě pozdější legislativy stane veřejným zadavatelem ve smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek. Z tohoto pohledu tedy nelze konstatovat, že obviněný zapříčinil stav exkluzivity vybraného dodavatele uzavřením původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS ze dne 13. 10. 2000. Ve vztahu k okolnostem šetřeného případu je však podstatné, že dne 24. 11. 2005 uzavřel obviněný v jednacím řízení bez uveřejnění Smlouvu o dílo č. 3014/2136/05, kterou došlo ke změně původní smlouvy, neboť předmětem plnění citované smlouvy o dílo byl vývoj nových programových modulů, modifikace existujících programových modulů a implementace nových nebo modifikovaných programových modulů do existujících systémů, přičemž v době uzavření citované smlouvy o dílo již byl obviněný v postavení veřejného zadavatele a dopadala tak na jeho postup právní úprava zadávání veřejných zakázek. V případě zadání tohoto navazujícího plnění tak Úřad konstatuje, že se jedná o novou veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, kdy v případě této veřejné zakázky mohly být naplněny podmínky pro její oprávněné zadání v jednacím řízení bez uveřejnění z autorskoprávních důvodů, neboť při uzavření původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS (ani v případě předchozí navazující Smlouvy o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 26. 6. 2002) nemohl obviněný předvídat budoucí potřebu zadávat navazující plnění jako veřejné zakázky podléhající právní úpravě zadávání veřejných zakázek, avšak z důvodu nastalé objektivní

⁵ Obviněný k danému informačnímu systému CMOS uzavřel celkem 26 navazujících smluv o dílo, přičemž v době uzavření první z nich (Smlouva o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 26. 6. 2002) ještě nevystupoval v pozici veřejného zadavatele. Jako veřejný zadavatel obviněný figuroval poprvé až v případě uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005 a dále u všech následujících smluv o dílo k danému informačnímu systému.

změny okolností (změny právního postavení obviněného) byl obviněný následně nucen zadat tuto novou navazující veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti však Úřad akcentuje, že ačkoliv postup obviněného spočívající v uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 na základě jednacích řízení bez uveřejnění mohl být v daném případě oprávněný, nelze na základě tohoto postupu dovozovat možnost dalšího omezování hospodářské soutěže do budoucna. Obviněný tak nemůže stav exkluzivity pramenící již z původní smlouvy k danému systému zakonzervovat do budoucna na předem neomezený počet navazujících veřejných zakázek, neboť pro uzavření každé další navazující smlouvy na základě veřejné zakázky, kterou je původní smlouva měněna, je stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS překážkou, a při zadání každé takové navazující veřejné zakázky musí být opětovně splněny podmínky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad zdůrazňuje, že obviněný v rámci zadávání veřejné zakázky, na jejímž základě uzavřel Smlouvu o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005, tedy v rámci zadávání první veřejné zakázky, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání již poprvé vystupoval jakožto veřejný zadavatel, nově stanovoval účel pořízení předmětu plnění původní iniciační smlouvy, přičemž v takovém případě byl obviněný povinen stanovit požadavek na získání zdrojových kódů či dalších technických informací potřebných k úpravě daného systému od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Jelikož si obviněný v rámci této veřejné zakázky poskytnutí potřebných zdrojových kódů nezajistil, nebyl dle Úřadu oprávněn zadávat další navazující plnění v podobě úprav daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění z autorskoprávních důvodů s odkazem na skutečnost, že v době uzavření iniciační smlouvy nebyl veřejným zadavatelem. S ohledem na výše uvedené proto Úřad konstatuje, že v případě zadání přezkoumávané veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS, jakožto 25. navazující veřejné zakázky k danému informačnímu systému od okamžiku, kdy se obviněný stal veřejným zadavatelem, nepředstavovala změna právního postavení obviněného nastalá dne 1. 5. 2004 objektivní nepředvídatelnou okolnost odůvodňující oprávněné zadání této veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

288. Ohledně tvrzení obviněného, že potřeba zadání citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vznikla zejména v důsledku nepředvídatelnosti technologického vývoje po více než 17 letech od uzavření iniciační smlouvy, zejména nepředvídatelnosti toho, že předmětné SW řešení bude mít životnost přesahující těchto 17 let, což dle obviněného vyplývá z investičního záměru citované veřejné zakázky, Úřad uvádí, že v citovaném investičním záměru je uvedeno následující: *„úlohou systému CMOS je pokrýt monitorování všech provozně důležitých systémů pro řízení letového provozu (ATM systémy). Vývoj systému CMOS začal v roce 2000, ve stávající formě je v provozu od roku 2006. V souvislosti se zabezpečením vysokého standardu bezpečnosti je potřeba udržovat aktuální (podporovanou) verzi softwarové platformy i hardwarové infrastruktury na patřičné výkonnostní úrovni. Předmětem veřejné zakázky je úprava uživatelského rozhraní systému CMOS. Po této úpravě bude systém splňovat všechny, zejména bezpečnostní požadavky, které jsou kladeny na stávající systém.“* Z citované pasáže investičního záměru vyplývá, že obviněný zadával veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS s ohledem na bezpečnostní požadavek udržovat aktuální podporovanou verzi SW platformy a HW infrastruktury na patřičné výkonnostní úrovni. Obviněný tak dle Úřadu v citovaném dokumentu nespécifikoval žádné konkrétní bezpečnostní požadavky, které by mu nebyly známé již v době vzniku stavu exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS a které by neočekávatelně vyvstaly až

následně v průběhu životnosti daného systému, pročez by je bylo možné považovat za předem objektivně nepředvídatelné. Obviněným zmiňovaný obecný požadavek provozovat informační systém na aktuálním SW a HW řešení tak nemůže dle názoru Úřadu představovat skutečnost, s níž by obviněný nemohl v jím uváděné době před 17 lety počítat, a to rovněž s ohledem na velmi významný charakter daného systému, k němuž se Úřad podrobněji vyjadřuje níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Za daných okolností, kdy daný páteřní systém informační infrastruktury obviněného v podobě centrálního monitorovacího systému slouží k monitorování desítek systémů a přibližně 500 různých zařízení v rámci prostředí obviněného, Úřad považuje daný požadavek obviněného na zajištění aktuálnosti takového systému za zcela očekávatelný, neboť v případě tak důležitého a rozsáhlého systému je jeho technologický vývoj nezadržitelný a rozhodně nelze očekávat, že daný systém nebude v budoucnu třeba jakkoliv upravovat či aktualizovat. V šetřeném případě proto nelze než konstatovat, že obviněný měl na jím uváděný požadavek na zajištění aktuálnosti daného systému pamatovat nejpozději v rámci zadávání veřejné zakázky, na jejímž základě uzavřel Smlouvu o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005, tedy v rámci zadávání první veřejné zakázky, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání již poprvé vystupoval jakožto veřejný zadavatel a nikoliv na základě tohoto důvodu následně zadávat navazující veřejné zakázky, jejichž předmětem plnění byly úpravy daného systému, z důvodu zajištění aktuálnosti používaného SW a HW řešení v jednacím řízení bez uveřejnění.

289. K tomu Úřad dodává, že obviněný v rámci jím zaslaných vyjádření v průběhu šetřeného řízení o přestupcích Úřadu nepředložil rovněž žádný důkaz o tom, že by v době životnosti daného systému v důsledku technologického vývoje nastala jiná objektivní překážka, kterou by obviněný ve světle konkrétních okolností šetřeného případu v době vzniku stavu exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS nemohl objektivně předvídat. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že v rámci usnesení č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 Úřad obviněného opakovaně vyzval k prokázání jím uváděných objektivních okolností, přičemž Úřad v citovaném usnesení odkázal na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2017-94 ze dne 7. 8. 2019, jehož relevantní část je shrnuta v bodu 155 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Ve vztahu k šetřenému případu Úřad konstatuje, že obviněný nejenže nepředložil žádné důkazy prokazující jím uváděná obecná tvrzení o nutnosti provozovat daný systém na aktuálním SW a HW řešení, nýbrž ani neoznačil žádné konkrétní předem neočekávatelné aspekty technologického vývoje vyjma výše uvedených obecných tvrzení o nutnosti udržovat daný systém aktuální. Jestliže však obviněný namítá, že nastaly konkrétní objektivní okolnosti, v důsledku kterých vznikla obviněnému potřeba zadat citovanou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, musí být (mimo jiné s ohledem na skutečnost, že důkazní břemeno ohledně prokázání důvodů pro oprávněné použití jednacím řízení bez uveřejnění nese zadavatel) obviněný sám schopen tyto konkrétní důvody Úřadu doložit a specifikovat je, když obviněný dle svého tvrzení na jejich základě přistoupil k realizaci daného jednacím řízení bez uveřejnění.
290. Obviněný následně ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2020 v návaznosti na opakovanou žádost Úřadu pouze zopakoval, že potřeba realizace veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění vyvstala z důvodů realizace bezpečnostních opatření, konkrétně obecným bezpečnostním (cyber security) požadavkem provozovat systém CMOS na aktuální, výrobcem podporované, SW platformě a na aktuálním HW, pro který existuje

servis, resp. na trhu náhrada (monitory v rozlišení 16:10 pro provoz 24/7). K tomu obviněný dodal, že systém CMOS aktuálně slouží k monitorování desítek systémů (přibližně 500 různých zařízení) v rámci prostředí obviněného a je též již certifikován Úřadem pro civilní letectví, což u případného nového systému nelze zaručit. Jelikož obviněný v rámci tohoto vyjádření neuvedl žádné nové skutečnosti oproti své předchozí argumentaci, Úřad odkazuje na své výše uvedené závěry k dané argumentaci, v nichž Úřad konstatoval, že obecný požadavek provozovat systém CMOS na aktuálním SW a HW řešení nepředstavuje nepředvídatelnou okolnost v době zadávání veřejné zakázky, na jejímž základě obviněný uzavřel Smlouvu o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005, kterou byl de facto stvrzen vznik stavu exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS, přičemž argumentace obviněného ohledně toho, že systém CMOS aktuálně slouží k monitorování desítek systémů a přibližně 500 různých zařízení, pouze podporuje výše uvedené závěry Úřadu, neboť obviněný musel s ohledem na důležitost daného systému již v době vzniku stavu exkluzivity předvídat nutnost jeho budoucích úprav. Ohledně tvrzení obviněného, že systém CMOS je certifikován Úřadem pro civilní letectví, což u případného nového systému nelze zaručit, Úřad konstatuje, že uvedená skutečnost představuje důvod, který není relevantní pro posuzování oprávněnosti postupu obviněného, neboť tato skutečnost nemůže sejmout odpovědnost za to, že sám obviněný vytvořil podmínky pro vznik stavu exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS a sám si tak způsobil situaci, na základě které se dovolává oprávněnosti svého postupu, kdy jedinou možností bylo zadání veřejné zakázky jmenovanému vybranému dodavateli (stejně tak jako v případě autorskoprávních důvodů viz body 281 až 282 odůvodnění rozhodnutí). Úřad ve vztahu k přezkoumávané věci tak konstatuje, že pakliže měl obviněný v úmyslu zadávat veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění, musí být v takovém případě schopen prokázat naplnění jak formálních, tak materiálních podmínek umožňujících daný postup, čemuž však obviněný v šetřeném případě nedostal. S ohledem na výše uvedené tak Úřad konstatuje, že obviněný ve vztahu k veřejné zakázce Úprava HMI systému CMOS neprokázal, že by jeho postup v případě zadání citované veřejné zakázky byl nezaviněný, spadající do čtvrté typové kategorie ve smyslu výše citované judikatury krajského soudu.

291. Na tomto místě Úřad odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, dle něhož se má Úřad při novém projednání části věci za účelem posouzení otázky zavinění vzniku stavu exkluzivity obviněným zabývat podobou a účelem pořízení původních smluv a zadáváním navazujících plnění k původním smlouvám. Úřad proto i v rámci odůvodnění tohoto výroku přistoupil k posouzení výše uvedených otázek ve vztahu k veřejné zakázce Úprava HMI systému CMOS, k čemuž uvádí následující.
292. K podobě původního závazkového vztahu a účelu pořízení předmětného informačního systému Úřad uvádí, že z bodu 1.2 „Přehled systému“ přílohy č. 1 původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS vyplývá, že informační systém CMOS (*pozn. Úřadu – Centrální monitorovací a ovládací systém*) umožní centrálně udržovat informace o technických systémech řízení letového provozu, poskytovat tyto informace na pracoviště technické údržby a na pracoviště ATS, popřípadě informovat okolní ATS systémy o lokální provozuschopnosti, dále automatizovat některé funkce související s technickým stavem systémů (např. provozní konfigurace), optimalizovat organizační uspořádání technické

údržby a archivovat informace o stavu technických systémů řízení letového provozu a jejich ovládání. Úřad dále s odkazem na informace poskytnuté obviněným v průběhu řízení o přestupcích k danému informačnímu systému uvádí, že cílem bylo vybudování systému, který sbírá informace o technickém stavu jednotlivých systémů obviněného a prezentuje je jednotnou formou pro technický dohled. Přidanou hodnotou byla možnost generovat výstrahy (alarmy) pro obsluhu, informující o poruchách a mimořádných stavech, aby se v poměrně komplikovaném prostředí minimalizovaly časové prodlevy mezi vznikem poruchy a její detekcí. Systém byl vybudován tak, že současně umožňuje archivovat požadované informace společně s časovou informací, a tím pomáhat při identifikaci příčin mimořádných událostí. Jeho nutná potřeba souvisela s rostoucím počtem různých technických systémů, které byly používány jako podpora pro práci řídicích letového provozu. Systém CMOS se skládá ze SW a HW části. Jako SW platforma je používán SCADA (Supervisory Control And Data Acquisition) platforma Citect. Nad touto platformou je vybudováno jednak uživatelské rozhraní, jednak zpracování a vyhodnocování informací. Po HW stránce systém CMOS sestává z komunikačních a výkonných (aplikačních) serverů, které jsou umístěné v hlavních lokalitách, kde obviněný zabezpečuje dohled nad systémy pro řízení letového provozu. Tyto lokality jsou datově propojené a umožňují vzájemnou výměnu informací. Další části systému jsou pracovní stanice, které poskytují výstupy ze zpracování technikům. Tyto výstupy jsou přizpůsobeny jejich jednotlivým odbornostem, resp. odpovědnostem. Jak již Úřad zmínil výše, daný informační systém CMOS aktuálně slouží k monitorování desítek systémů a přibližně 500 různých zařízení v rámci prostředí obviněného. Na základě výše uvedeného Úřad dovozuje, že účelem pořízení předmětného informačního systému bylo zejména zvýšení bezpečnosti letového provozu ve vzdušeném prostoru České republiky, neboť uvedený systém je základním prostředkem pro pracovníky dohledu nad provozovanými systémy a pro podporu poskytování služeb řízení letového provozu. Uvedený centrální monitorovací systém tedy umožňuje kontrolovat, koordinovat a předávat informace o stavu ostatních systémů řízení letového provozu, případně informovat technickou obsluhu o jejich nefunkčnosti a zabránit tak jejich výpadkům, čímž významně přispívá k minimalizaci případných bezpečnostních rizik a hrozeb v souvislosti s řízením letového provozu v rámci vzdušného prostoru České republiky. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že ačkoliv v době uzavření iniciační smlouvy k danému informačnímu systému obviněný nebyl v postavení veřejného zadavatele (k čemuž se již Úřad podrobně vyjádřil výše), předmětný informační systém CMOS představoval důležitý páteří informační systém infrastruktury obviněného zajišťující bezpečnost letového provozu, jehož rozsah generuje potřebu kontinuálních úprav, čehož si obviněný musel být vědom i při uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005, kterou uzavřel na základě jednacího řízení bez uveřejnění již jako veřejný zadavatel ve smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, neboť charakter předmětného systému daný původní smlouvou se v době uzavření výše citované smlouvy o dílo nikterak nezměnil. Obviněný si proto musel být v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 nepochybně vědom, že předmětný systém bude nutné, s ohledem na jeho důležitý charakter, v budoucnu dále upravovat a rozvíjet.

293. Dle názoru předsedy Úřadu ve výše citovaném rozhodnutí je nutno dále přihlídnout k tomu, po jakou dobu měl být daný informační systém provozován. Jelikož z původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS ze dne 13. 10. 2000 nikterak nevyplývá, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu předmětný informační systém v době jeho pořízení provozovat, Úřad

vyzval obviněného usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 mimo jiné ke sdělení, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu daný informační systém v době jeho pořízení provozovat, resp. pokud obviněný plánoval tento informační systém provozovat pouze krátkodobě, nechť obviněný tuto skutečnost zdůvodní relevantní argumentací zohledňující charakter a důležitost tohoto informačního systému. Obviněný se v rámci jeho vyjádření ze dne 4. 12. 2019 k otázce doby plánovaného provozování daného systému nikterak blíže nevyjádřil, když pouze konstatoval, že posouzení původních smluv je povinností Úřadu, přičemž obviněný v daném vyjádření zopakoval svoji argumentaci, že v době uzavření původní smlouvy k danému systému nebyl v pozici veřejného zadavatele. Vzhledem k tomu, že v rámci obviněným předložené původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS není doba plánovaného provozování daného systému uvedena, Úřad obviněného usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 opakovaně vyzval k písemnému sdělení, po jakou dobu měl obviněný v úmyslu daný systém provozovat v době jeho pořízení, resp. pokud jej obviněný plánoval provozovat pouze krátkodobě, nechť obviněný tuto skutečnost zdůvodní relevantní argumentací zohledňující charakter a důležitost tohoto informačního systému. Obviněný v návaznosti na výše uvedený dotaz Úřadu ve svém následném vyjádření ze dne 13. 1. 2020 opakovaně uvedl, že v době pořízení předmětného systému nebyl zadavatelem ve smyslu tehdejší právní úpravy zadávání veřejných zakázek, protože je irelevantní posuzovat jeho úmysl provozovat daný systém krátkodobě či dlouhodobě.

294. K tomu Úřad nejprve uvádí, že argumentací ohledně právního postavení obviněného v okamžiku uzavření iniciační smlouvy se již Úřad zabýval výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž na tomto místě na svoje závěry v plné míře odkazuje. Dále Úřad konstatuje, že obviněný v rámci svých vyjádření nepředložil Úřadu žádné bližší zdůvodnění, po jakou dobu měl v úmyslu daný informační systém CMOS v době jeho pořízení provozovat. K tomu Úřad dodává, že úmysl krátkodobého provozování daného systému neplyne jednak z předložené iniciační smlouvy k danému systému, v níž není stanovena konkrétní plánovaná doba jeho provozování, a rovněž nelze dovozovat ani z technického vymezení předmětu dané iniciační smlouvy. Podle Úřadu z celkového kontextu věci naopak jednoznačně vyplývá úmysl dlouhodobého provozování daného systému CMOS obviněným, a to zejména s ohledem na jeho charakter, kdy daný systém pro obviněného představoval důležitý páteřní systém přispívající ke zvýšení bezpečnosti letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky, jak bylo dovozeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. V návaznosti na výše uvedené tak Úřad uzavírá, že obviněný v šetřeném případě neprokázal, že by daný informační systém CMOS v době uzavření původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS, resp. v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005 (jak již Úřad dovodil výše, jednalo se o první veřejnou zakázku, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání již obviněný vystupoval jakožto veřejný zadavatel), kdy se charakter daného systému od doby uzavření původní smlouvy nikterak nezměnil, plánoval provozovat pouze krátkodobě, např. v řádu několika málo let. I s ohledem na tuto skutečnost tak Úřad zastává názor, že obviněný musel v daném případě vzhledem k důležitosti uvedeného informačního systému zajišťujícího množství funkcí (viz výše) předpokládat jeho budoucí rozvoj.

295. Úřad byl dále povinován k posouzení, kdy došlo k zadání prvního navazujícího plnění, případně v jakých intervalech docházelo k zadávání navazujících plnění. V návaznosti na výše uvedené Úřad uvádí, že po uzavření původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS dne 13. 10. 2000 došlo ze strany obviněného k zadání následujících navazujících plnění:

- Smlouva o dílo č. 3014/2083/02 ze dne 26. 6. 2002,
- Smlouva o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005,
- Smlouva o dílo č. 3013/2161/05 ze dne 31. 1. 2006,
- Smlouva o dílo č. 5016/2045/06 ze dne 18. 9. 2006,
- Smlouva o dílo č. 5016/2064/06 ze dne 8. 12. 2006,
- Smlouva o dílo č. 3013/2081/07 ze dne 15. 11. 2007,
- Smlouva o dílo č. 5016/2034/07 ze dne 19. 9. 2007,
- Smlouva o dílo č. 066/113/08 ze dne 5. 6. 2008,
- Smlouva o dílo č. 109/113/08 ze dne 30. 7. 2008,
- Smlouva o dílo č. 046/113/09 ze dne 11. 5. 2009,
- Smlouva o dílo č. 013/113/10 ze dne 15. 2. 2010,
- Smlouva o dílo č. 014/113/10 ze dne 22. 2. 2010,
- Smlouva o dílo č. 040/113/10 ze dne 26. 4. 2010,
- Smlouva o dílo č. 049/113/10 ze dne 25. 5. 2010,
- Smlouva o dílo č. 095/113/10 ze dne 19. 8. 2010,
- Smlouva o dílo č. 137/113/10 ze dne 19. 11. 2010,
- Smlouva o dílo č. 038/113/11 ze dne 12. 5. 2011,
- Smlouva o dílo č. 113/113/11 ze dne 19. 10. 2011,
- Smlouva o dílo č. 151/113/11 ze dne 3. 1. 2012,
- Smlouva o dílo č. 047/113/12 ze dne 11. 5. 2012,
- Smlouva o dílo č. 119/113/12 ze dne 23. 11. 2012,
- Smlouva o dílo č. 178/2013/IS/113 ze dne 8. 8. 2013,
- Smlouva o dílo č. 465/2013/IS/083 ze dne 7. 3. 2014,
- Smlouva o dílo č. 272/2014/IS/113 ze dne 29. 9. 2014,
- Smlouva o dílo č. 073/2016/IS/113 ze dne 13. 5. 2016,
- Smlouva o dílo č. 174/2016/IS/113 ze dne 18. 1. 2017.

296. Z výše uvedeného seznamu uzavřených navazujících smluv o dílo vyplývá, že k informačnímu systému CMOS bylo od 13. 10. 2000 uzavřeno celkem dvacet šest navazujících smluv o dílo, přičemž výchozím bodem pro posouzení otázky uzavírání navazujících plnění je okamžik

uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005 (jejímž předmětem plnění byl vývoj nových programových modulů, modifikace existujících programových modulů a implementace nových nebo modifikovaných programových modulů do existujících systémů), která představovala první navazující veřejnou zakázku, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání již obviněný vystupoval jakožto veřejný zadavatel. K zadání prvního navazujícího plnění, kterým byl výše uvedený předmět plnění (tedy předmětný informační systém CMOS v jeho podobě po úpravách zahrnutých do předmětu plnění Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005) měněn, došlo dne 31. 1. 2006 uzavřením Smlouvy o dílo č. 3013/2161/05, jejímž předmětem plnění bylo doplnění systému CMOS o uživatelské rozhraní umožňující monitorování systémů: CMOS IATCC servery, RL-64 Brno, DPS2000 přes IOTB, CADIN-X25 přes IOTB, AMS-2 přes IOTB, ATCNIX, ATIS/VOLMET, TX, RX + RCMS, ASMGCS + P3DAS + SMR přes IOTB, záznam SMR přes IOTB, ALS, AMS regionální letiště, VDF regionální letiště, RRR, ESUP, IDP server, IDP-CWS, WALDO server, WALDO CWS, ByPass, METRAD, Napájení Jeneč SNMP, RMCDE. K zadání tohoto prvního navazujícího plnění tak došlo již po dvou měsících od uzavření předchozí Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05. Z výše uvedeného výčtu smluv o dílo dále vyplývá, že k zadávání jednotlivých navazujících plnění docházelo téměř každoročně (v několika případech dokonce i vícekrát během jednoho roku). V návaznosti na výše uvedené Úřad odkazuje na závěry výše citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu, v němž předseda Úřadu výslovně uvedl: „*Pokud by totiž navazující plnění bylo zadáváno po relativně krátké době po zadání původní veřejné zakázky, a pak následně v pravidelných časových intervalech, bylo by možno usuzovat na to, že zadavatel již od počátku musel počítat s pravidelným rozšiřováním a údržbou informačního systému.*“ V kontextu výše uvedených skutečností, s přihlédnutím k charakteru daného informačního systému, který představoval důležitý páteří systém infrastruktury obviněného, dospěl Úřad po zohlednění otázky uzavírání navazujících smluv k danému informačnímu systému v souladu se závazným právním názorem předsedy Úřadu k závěru, že obviněný musel v šetřeném případě již v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005, tedy první navazující veřejné zakázky, kterou byla původní smlouva měněna a při jejímž zadávání obviněný již vystupoval v pozici veřejného zadavatele, počítat s pravidelným rozšiřováním a údržbou předmětného informačního systému, jelikož z výše uvedeného je patrné, že k danému informačnímu systému bylo zadáváno množství navazujících plnění v pravidelných časových intervalech okolo jednoho roku.

297. K tomu Úřad dodává, že z výše nastíněného postupu obviněného spočívajícího v uzavírání navazujících smluv o dílo, kdy obviněný postupně prohluboval funkčnost daného informačního systému, je dle Úřadu zřejmé, že tento informační systém byl pro obviněného důležitým nástrojem a obviněný si tedy musel být vědom charakteru a významu tohoto systému pro chod obviněného a plnění jeho povinností. Dle názoru Úřadu si obviněný musel být již v době vzniku předmětného informačního systému vědom významu a důležitosti tohoto systému pro bezpečnost, vzhledem k tomu, že se jedná o systém, který zajišťuje bezpečnost pohybu ve vzdušném prostoru státu, a to včetně rizik, kterými může být takový systém ohrožen. Úřad tak konstatuje, že v případě informačního systému CMOS se jednalo o systém natolik zásadní, že bylo možno předpokládat nutnost jeho udržování ze strany obviněného i v době uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005. Vzhledem k výše uvedenému je Úřad toho názoru, že obviněný tak měl již v rámci udržování daného informačního systému od okamžiku, kdy se stal veřejným zadavatelem ve smyslu právní

úpravy zadávání veřejných zakázek, předpokládat nutnost realizace veřejných zakázek, jejichž předmětem by byla podpora, provoz a rozšíření předmětného informačního systému.

298. V návaznosti na výše uvedené Úřad opakuje, že obviněný poté, co se stal veřejným zadavatelem ve smyslu právní úpravy zadávání veřejných zakázek, následně uzavřel celkem 25 navazujících smluv o dílo k danému informačnímu systému s vybraným dodavatelem ELVAC SOLUTIONS, přičemž uzavřením každé z těchto navazujících smluv obviněný udržoval stav exkluzivity na straně vybraného dodavatele. Jelikož každá z výše uvedených navazujících smluv o dílo představovala samostatnou veřejnou zakázku zadávanou v jednacím řízení bez uveřejnění, Úřad za účelem vyjasnění, zda v jejich případě nemohly existovat objektivní nepředvídatelné okolnosti ve smyslu výše citované judikatury, v důsledku kterých by bylo nutné na daný postup obviněného nazírat jako na oprávněný, nejprve usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 a následně usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-34777/2019/541/PDz ze dne 19. 12. 2019 obviněného opakovaně vyzval ke sdělení, z jakých důvodů byly uzavřeny předchozí jednotlivé navazující smlouvy o dílo k danému informačnímu systému, jimiž byl udržován stav exkluzivity vybraného dodavatele, přičemž jestliže potřeba uzavření některé z nich vznikla v důsledku objektivních okolností nezávislých na vůli obviněného, nechť obviněný tyto okolnosti specifikuje u každé takové navazující smlouvy o dílo. Obviněný v návaznosti na výše citovaná usnesení Úřadu ve svých vyjádřeních ze dne 4. 12. 2019 a ze dne 13. 1. 2020 opakovaně uvedl, že předmětem šetřeného řízení o přestupcích jsou výhradně veřejné zakázky realizované v jednacích řízeních bez uveřejnění v roce 2017, protože je irelevantní hodnotit či zohledňovat jakékoli kroky obviněného, které nastaly od okamžiku podpisu původních smluv k informačním systémům do okamžiku realizace přezkoumávaných jednacích řízení bez uveřejnění.
299. K tomu Úřad uvádí, že nezpochybňuje tvrzení obviněného, že předmětem přezkumu v rámci tohoto řízení o přestupcích je otázka, zda se obviněný dopustil přestupků v souvislosti s neoprávněným zadáním jednacích řízení bez uveřejnění realizovaných v roce 2017, nicméně Úřad má za účelem daného přezkumu povinnost posoudit rovněž naplnění materiální stránky podmínek pro použití těchto jednacích řízení bez uveřejnění, tedy otázku, zda obviněný stav exkluzivity vybraných dodavatelů nezpůsobil sám svým předchozím postupem při uzavírání smluv na plnění, na která přezkoumávané veřejné zakázky navazují či je rozvíjí. Za tímto účelem musí Úřad zohlednit veškerý dosavadní postup obviněného související s realizací úprav daných informačních systémů, tedy jak otázku vzniku stavu exkluzivity, tak i další navazující postup obviněného v podobě udržování tohoto stavu neoprávněným uzavíráním navazujících smluv o dílo, kterými byl předmět plnění v průběhu času měněn. V návaznosti na to Úřad konstatuje, že ve světle výše citovaných závěrů krajského soudu musí Úřad zohlednit, zda se obviněný při zadávání zmíněných předchozích smluv, kterými byl stav exkluzivity udržován, nacházel ve třetí nebo čtvrté typové kategorii dle citované judikatury. Jelikož obviněný i přes opakovanou žádost ze strany Úřadu neprokázal žádné objektivní nepředvídatelné okolnosti, na základě kterých by byla vyvolána jeho oprávněná potřeba zadání předchozích navazujících smluv k informačnímu systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění, a z obsahu těchto předchozích smluv explicitně rovněž existence takových okolností nevyplývá, Úřad konstatuje, že obviněný se v případě uzavírání jednotlivých předchozích navazujících smluv o dílo k danému systému, kdy již vystupoval

v pozici veřejného zadavatele, nacházel ve třetí se shora uvedených typových situací a každým takto neoprávněným zadáním navazující veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byl stav exkluzivity vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS dále udržován. Ačkoliv tedy stav autorskoprávní exkluzivity na straně jmenovaného vybraného dodavatele vznikl již v okamžiku uzavření původní smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS, následným uzavřením Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05 ze dne 24. 11. 2005, kdy obviněný v rámci první veřejné zakázky, kterou byl původní předmět plnění měněn, a u níž vystupoval v pozici veřejného zadavatele, nenaformuloval smluvní podmínky odpovídajícím způsobem tak, aby do budoucna nebyl v pozici, kdy bude muset popřát plnění opětovně zadat v jednacím řízení bez uveřejnění s ohledem na autorskoprávní důvody. Výše uvedené udržování stavu exkluzivity prostřednictvím uzavírání předchozích smluv o dílo dokresluje nezákonnost postupu obviněného a její kontinuálnost v čase.

300. Obviněný ve svém vyjádření ze dne 9. 5. 2019 rovněž odůvodňuje svůj postup v původní smlouvě o dílo Úprava HMI systému CMOS tím, že požadavek, kterým získal zdrojové kódy k informačnímu systému, by byl z pohledu trhu v době budování informačního systému excesivní, a jako takový by byl pravděpodobně řadou dodavatelů úspěšně napaden jako diskriminační a nepřiměřený. K tomu Úřad konstatuje, že nezahrnutí požadavku na zdrojové kódy v původní smlouvě o dílo Úprava HMI systému CMOS nelze obviněnému přičítat k tíži, neboť, jak již Úřad dovodil výše, obviněný v dané době nebyl v postavení veřejného zadavatele a neměl proto důvod přizpůsobovat své obchodní praktiky budoucí aplikaci práva veřejných zakázek, neboť tuto skutečnost, že se v budoucnu na základě nové legislativy stane veřejným zadavatelem, v dané době nemohl předvídat. Nicméně Úřad dodává, že dne 24. 11. 2005 zadal obviněný v jednacím řízení bez uveřejnění první z navazujících veřejných zakázek, konkrétně šlo o uzavření Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05, kterou byl původní předmět plnění měněn a při níž obviněný již byl v postavení veřejného zadavatele a dopadala tak na jeho postup právní úprava zadávání veřejných zakázek. Jelikož v rámci této první navazující veřejné zakázky, při jejímž zadávání již obviněný vystupoval jakožto veřejný zadavatel, obviněný nově stanovoval účel pořízení předmětu plnění původní iniciační smlouvy s ohledem na nově kladené požadavky plynoucí z právní úpravy zadávání veřejných zakázek, obviněný byl v rámci této veřejné zakázky povinen stanovit svůj požadavek na získání zdrojových kódů či dalších technických informací potřebných k úpravě daného systému od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Protože si však obviněný v rámci dané první navazující veřejné zakázky poskytnutí potřebných zdrojových kódů nezajistil, nebyl dle Úřadu oprávněn následně zadávat další navazující plnění v podobě úprav daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na autorskoprávní důvody.
301. Úřad dále uvádí, že odpovědnost zadavatele jako právnické osoby za přestupky je odpovědností objektivní, přičemž podle § 21 odst. 1 zákona o přestupcích platí, že právnická osoba za spáchaný přestupek neodpovídá pouze v případě, kdy prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby přestupku zabránila. Na tomto místě Úřad uvádí, že podle Investičního záměru Úprava HMI systému CMOS a vyjádření obviněného ze dne 26. 9. 2018 vyplývá, že se obviněný snažil od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS zdrojové kódy k informačnímu systému získat, avšak tato snaha se na straně jmenovaného vybraného dodavatele nesešla s úspěchem, a proto byla odmítnuta. Obviněný dále přiložil

jako důkaz k jím podanému rozkladu ze dne 2. 7. 2019 dopis adresovaný jmenovanému vybranému dodavateli zasláný v průběhu šetřeného řízení o přestupcích, v němž se obviněný dotazoval, zda v době pořízení předmětného informačního systému nabízel svým zákazníkům prodej zdrojových kódů a neomezených licencí, resp. zda by byl ochoten tyto zdrojové kódy prodat v případě vážného zájmu. Z odpovědi vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS ze dne 27. 6. 2019 vyplývá, že v době pořízení daného systému CMOS jmenovaný vybraný dodavatel svým zákazníkům nenabízel prodej zdrojových kódů a neomezených licencí k danému systému, avšak vybraný dodavatel v daném dopise současně připustil, že následně postupem času přistoupil na možnost předání zdrojových kódů obviněnému za splnění přísných podmínek vylučujících jejich běžné použití. Jmenovaný vybraný dodavatel tamtéž dále uvedl, že pokud by zákazník trval na předání zdrojového kódu, bylo by na tento požadavek nahlíženo jako na obchodní případ a cena by se pohybovala na zcela jiné úrovni. K tomu Úřad uvádí, že z výše uvedeného vyjádření vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS vyplývá, že v daném případě nebylo zcela vyloučeno, že obviněný mohl předmětné zdrojové kódy, byť za vyšší pořizovací cenu, získat, pokud by trval na jejich předání. Jak již Úřad uvedl výše, obviněný byl v případě první navazující veřejné zakázky, kterou byl původní předmět plnění měněn a při jejímž zadávání již vystupoval jakožto veřejný zadavatel, povinen, pokud bylo zřejmé, že do budoucna bude nezbytné poptávat další plnění související s úpravou předmětného informačního systému, stanovit svůj požadavek na získání zdrojových kódů či dalších technických informací potřebných k úpravě daného systému od vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS, přičemž jelikož tak v šetřeném případě neučinil, nebyl oprávněn zadávat další navazující plnění v podobě úprav daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na autorskoprávní důvody. Vzhledem k tomu, že z předloženého vyjádření společnosti ELVAC SOLUTIONS vyplývá, že poskytnutí daných zdrojových kódů obviněnému bylo (být za vyšší pořizovací cenu) v šetřeném případě možné, obviněný se tak dle Úřadu nemůže dovolávat skutečnosti, že v daném případě vyvinul veškeré požadovatelné úsilí k tomu, aby předmětný zdrojový kód od vybraného dodavatele získal. Obviněný tak v šetřeném případě neunesl důkazní břemeno upravené v § 21 odst. 1 zákona o přestupcích ohledně jím tvrzené skutečnosti, že jakožto právnická osoba za spáchaný přestupek neodpovídá. Nad rámec toho Úřad pro úplnost dodává, že k argumentaci obviněného ohledně případné nehospodárnosti pořízení zdrojových kódů se Úřad podrobněji vyjadřuje níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

302. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uvádí, že z materiální stránky nebyla podmínka pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle 63 odst. 3 písm. c) zákona z důvodu ochrany výhradních práv splněna a zadavatel se tedy na nutnost ochrany autorských práv vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS při zdůvodnění svého postupu při zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS nemůže účinně odvolávat.

K posouzení postupu obviněného s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti

303. Předseda Úřadu ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 dále uvedl, že pokud Úřad i po zohlednění předsedou Úřadu uvedených dílčích aspektů dospěje k závěru, že obviněný si stav exkluzivity skutečně zavinil sám, pročež se ho nemohl dovolávat, což Úřad dovodil v předchozí pasáži odůvodnění tohoto rozhodnutí, má se Úřad dále zabývat posouzením předmětů šetřených veřejných zakázek s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti, a to konkrétně zda jsou šetřené informační systémy prvky

kritické infrastruktury, zda obviněnému ze zákona o kybernetické bezpečnosti plyne nějaká povinnost, jejíž splnění není možné bez omezení či vyloučení hospodářské soutěže, případně zda byl daný postup obviněného přiměřený a nebylo možné zajistit splnění uvedených povinností prostřednictvím mírnějšího omezení hospodářské soutěže než použitím jednacímho řízení bez uveřejnění. Ačkoliv tedy obviněný původně odůvodňoval zadání předmětné veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS ochranou výhradních práv a nikoliv nutností zohlednění požadavků na zajištění bezpečnosti prvku kritické informační infrastruktury, Úřad se přesto s ohledem na závazný právní názor předsedy Úřadu vyslovený ve výše citovaném rozhodnutí v této části odůvodnění zaměřil na posouzení výše uvedených skutečností souvisejících se zákonem o kybernetické bezpečnosti, k čemuž uvádí následující.

304. K posouzení otázky, zda je předmětný informační systém CMOS provozovaný obviněným prvkem kritické informační infrastruktury, Úřad uvádí, že obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 9. 5. 2019 zasláného Úřadu v rámci šetřeného řízení o přestupcích předložil přípis Národního centra kybernetické bezpečnosti č. j. 8100/2015-NBÚ/41 ze dne 26. 10. 2015, v němž Národní centrum kybernetické bezpečnosti uvědomilo obviněného o tom, že Národní bezpečnostní úřad určil opatřením obecné povahy prvky kritické infrastruktury na území České republiky v odvětví VI. Komunikační a informační systémy, oblasti kybernetické bezpečnosti, přičemž v příloze č. 2 „Podrobná tabulka určených prvků KII“ citovaného přípisu jsou definovány prvky kritické infrastruktury spravované obviněným následovně: *„Informační a komunikační systémy ŘLP, s. p. zajišťující přibližovací službu řízení a letištní službu řízení letiště určeného jako kritická infrastruktura a oblastní službu řízení poskytující letové provozní služby, včetně řízení letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky“*. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že předmětný informační systém CMOS centrálně monitoruje informace o technických systémech řízení letového provozu, poskytuje tyto informace na pracoviště technické údržby a na pracoviště ATS, popřípadě informuje okolní ATS systémy o lokální provozuschopnosti, dále automatizuje některé funkce související s technickým stavem systémů (např. provozní konfigurace), optimalizuje organizační uspořádání technické údržby a archivuje informace o stavu technických systémů řízení letového provozu a jejich ovládání. Daný informační systém, který v současnosti monitoruje desítky systémů a přibližně 500 různých zařízení v rámci prostředí obviněného, tedy sbírá informace o technickém stavu jednotlivých systémů obviněného a prezentuje je jednotnou formou pro technický dohled, přičemž generuje výstrahy (alarmy) pro obsluhu, informující o poruchách a mimořádných stavech za účelem minimalizace časové prodlevy mezi vznikem poruchy a její detekcí. Výše uvedený informační systém tak spadá pod výše zmíněné definiční znaky kritické infrastruktury provozované obviněným, neboť se jedná o informační systém obviněného zajišťující letištní službu řízení letiště, prostřednictvím něhož je zajišťováno řízení letového provozu ve vzdušném provozu České republiky. Úřad proto konstatuje, že informační systém CMOS je prvkem kritické informační infrastruktury provozované obviněným.
305. V návaznosti na výše učiněný závěr se Úřad dále zabýval otázkou, zda zákon o kybernetické bezpečnosti obviněnému ukládá takové povinnosti, jejichž splnění není možné bez omezení či vyloučení hospodářské soutěže, případně zda byl v šetřeném případě přiměřený postup obviněného spočívající v zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění.

306. Z ustanovení zákona o kybernetické bezpečnosti, které již Úřad citoval výše v bodech 175. až 177. odůvodnění tohoto rozhodnutí, vyplývá povinnost obviněného zavést a provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti informačního systému, přičemž uvedená bezpečnostní opatření jsou definována obecně jako souhrn úkonů, jejichž cílem je zajištění bezpečnosti informací v informačních systémech a dostupnosti a spolehlivosti služeb a sítí elektronických komunikací v kybernetickém prostoru. Zohlednění požadavků z výše uvedených bezpečnostních opatření nelze dle citovaného zákona vnímat jako nezákonné omezení hospodářské soutěže.
307. Ačkoliv tedy zákon o kybernetické bezpečnosti připouští jisté omezení hospodářské soutěže v souvislosti se zohledněním bezpečnostních opatření zadavatelem, nelze optikou Úřadu z výše uvedeného nikterak dovozovat závěr, že samotná skutečnost, že předmětný informační systém je prvkem kritické informační infrastruktury, může být akceptována jako důvod pro úplné vyloučení hospodářské soutěže použitím jednacímho řízení bez uveřejnění. V případě takového výkladu by totiž posléze mohla být jakákoliv veřejná zakázka související s každým takovým informačním systémem zadávána bez dalšího v jednacím řízení bez uveřejnění popírajícím primární účel zákona, kterým je zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky.
308. Obviněný v šetřeném případě argumentuje, že z bezpečnostních důvodů bylo v daném případě nutné maximálně omezit počet subjektů majících technické informace o fungování systému kritické informační infrastruktury, protože je nemyšlitelné, aby obviněný, pokud by disponoval příslušnými zdrojovými kódy, opakovaně zadával veřejné zakázky na rozvoj takového systému v otevřeném řízení a poskytoval tak uvedené zdrojové kódy neomezenému okruhu potenciálních dodavatelů.
309. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudky Soudního dvora Evropské unie, jakož i na metodiku NÚKIB a závěry Úřadu uvedené výše v bodech 181. a 182. odůvodnění tohoto rozhodnutí, které jsou plně aplikovatelné i na šetřený případ. Úřad tedy s ohledem na odkazovanou argumentaci i v případě veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS dospěl k závěru, že dostatečným bezpečnostním opatřením k zajištění důvěrnosti údajů představujících zdrojové kódy, resp. další technické informace potřebné k úpravě předmětného informačního systému, může být i úprava zadávacích podmínek dané veřejné zakázky zadávané v některém z otevřenějších druhů zadávacích řízení, a to ve smyslu zakotvení povinnosti mlčenlivosti ohledně takto poskytnutých informací pro uchazeče, kteří se s těmito informacemi seznámí, spolu s nastavením odpovídajících sankcí za porušení takové povinnosti, případně omezení účasti v daném zadávacím řízení pouze konkrétním subjektům, kteří prokazatelně neposkytují záruky dodržování uvedených povinností mlčenlivosti.
310. I s ohledem na výše uvedené proto Úřad dospěl k názoru, že v šetřeném případě neobstojí argumentace obviněného spočívající v nutnosti zajištění bezpečnosti předmětného informačního systému jakožto prvku kritické informační infrastruktury, jako důvod pro zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění.
311. Nad rámec toho Úřad uvádí, že v rámci posouzení dané problematiky Úřad rovněž usnesením č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-30270/2019/541/PDz ze dne 15. 11. 2019 vyzval obviněného k písemnému sdělení, z jakého důvodu nebylo možné

v případě veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS učinit jiná bezpečnostní opatření (ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti) k zajištění kybernetické bezpečnosti předmětného informačního systému, kterými by došlo k mírnějšímu omezení hospodářské soutěže, než použít pro zadání citované veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, resp. splnění kterých konkrétních povinností obviněného vyplývajících ze zákona o kybernetické bezpečnosti by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacího řízení bez uveřejnění. Obviněný v návaznosti na tuto výzvu Úřadu ve svém vyjádření ze dne 4. 12. 2019 sdělil, že svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS neodůvodňoval skutečností, že je provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury, nýbrž autorskoprávními důvody. Obviněný dále uvedl, že v rámci svých předchozích vyjádření pouze obecně konstatoval a nadále trvá na tom, že s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti by měl být z bezpečnostních důvodů maximálně omezen počet subjektů, kteří mají technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury, přičemž žádnou bližší argumentaci obviněný k této otázce nepředložil. V návaznosti na výše uvedené Úřad uzavírá, že ani sám obviněný v šetřeném případě neoznačil žádnou konkrétní povinnost plynoucí ze zákona o kybernetické bezpečnosti, jejíž splnění by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž stejně tak ani Úřad existenci žádné takové konkrétní povinnosti obviněného neshledal. Jak přitom Úřad uvedl výše, v daném případě nepředstavovala povinnost obviněného zajistit bezpečnost daného informačního systému důvod pro oprávněné zadání citované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění.

312. Úřad však na tomto místě opakovaně zdůrazňuje skutečnost, že obviněný zdrojovými kódy a informacemi potřebnými k úpravě předmětného informačního systému vůbec nedisponoval. V takovém případě tudíž nelze dle Úřadu akceptovat argumentaci obviněného odůvodňující oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění „ochranou“ dat v situaci, kdy obviněný těmito daty ani reálně nedisponuje a nemá tak plnou kontrolu nad jejich využitím. V každém případě Úřad zastává názor, že samotná skutečnost, že předmětný informační systém je prvkem kritické informační infrastruktury, není automaticky důvodem pro oprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění.
313. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že ve vztahu k postupu obviněného spočívajícího v zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění zohlednil veškeré skutečnosti, k jejichž posouzení byl povinován rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, přičemž i po zvážení těchto skutečností Úřad setrvává na svém závěru, že postup obviněného v jednacím řízení bez uveřejnění byl nezákonný.

K argumentaci obviněného týkající se hospodárnosti jím zvoleného postupu

314. Z Investičního záměru Úprava HMI systému CMOS vyplývá, že obviněný zvolil upgrade a aktualizaci informačního systému CMOS, namísto pořízení nového informačního systému, který by ten stávající nahradil.
315. Tento postup je ve zmíněném investičním záměru zdůvodněn zásadou hospodárnosti a efektivnosti nakládání s veřejnými prostředky, protože podle tohoto investičního záměru

by vybudování nového systému bylo několikanásobně nákladnější než pouhá aktualizace informačního systému. Dále je v citovaném investičním záměru uvedeno, že by došlo ke znehodnocení dosavadních investic do již fungujícího informačního systému, přičemž lze s velkou mírou pravděpodobnosti předpokládat, že vybudování nového informačního systému by bylo investičně náročnější, než je součet dosavadních investic do stávajícího informačního systému i po započítání požadovaných úprav. V Investičním záměru Úprava HMI systému CMOS je rovněž uvedeno, že jiné varianty pro zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS jsou zcela nerealizovatelné s ohledem na ne hospodárnost, složitost, komplexnost a bezpečnost při navazování dalších systémů na zcela nový systém.

316. Ve vyjádření ze dne 9. 5. 2019 rozvíjí obviněný argumentaci, že pořízení zdrojových kódů informačního systému by bylo ne hospodárné, přičemž ani zisk těchto zdrojových kódů by nemusel stačit k následnému vývoji informačního systému. K tomu je dle slov obviněného potřeba také dokumentace architektury systému, dokumentace jeho datových struktur, dokumentace použití nástrojů třetích stran, a v neposlední řadě také návazné kontinuální poskytování aktualizovaných verzí zdrojových kódů informačního systému. Podle obviněného by pak bylo potřeba i pořízení know-how k předmětnému informačnímu systému, aby vývoj a aktualizace mohla provádět osoba odlišná od tvůrce. Obviněný pak ve zmíněném vyjádření uvádí, že *„poskytnutí zdrojového kódu v dostatečné kvalitě a získání práva počítačový program užívat tak, aby byly možné jeho pozdější změny umožňující jeho údržbu a rozvoj, jsou nevyhnutelně spojeny s navýšením ceny za dodání tohoto počítačového programu.“* Dále v tomto vyjádření obviněný vyjadřuje názor, že rozhodnou skutečností pro posuzování zákonnosti postupu obviněného má být posouzení ekonomického aspektu, tedy zda zájem na hospodářské soutěži o část celku odůvodňuje zmaření investice, která do tohoto celku již byla obviněným vložena, a zároveň navrhuje, aby Úřad provedl vlastní posouzení zmíněných ekonomických aspektů, a dodává, že podle zákona nebylo jeho povinností provádět ekonomická posouzení před použitím jednacím řízení bez uveřejnění, a to i s ohledem na fakt, že *„ekonomická nevhodnost nahrazení původního plnění je zřejmá již prima facie.“*
317. K uvedeným aspektům hospodárnosti Úřad předně konstatuje, že z ustálené rozhodovací praxe správních soudů, jakož i z ustálené rozhodovací praxe Úřadu, vyplývá, že zásadě hospodárnosti zadávání veřejných zakázek, jejímž naplněním obviněný mj. odůvodňuje použití jednacím řízení bez uveřejnění v šetřeném případě, nemá a nemůže být automaticky přiznána aplikační přednost před povinností postupovat v zadávacím řízení veřejné zakázky podle zákona. Primárním účelem zákona je totiž zajištění co nejširší hospodářské soutěže o předmět plnění veřejné zakázky, přičemž vedle obecného principu hospodárného nakládání s veřejnými prostředky musí být ve vztahu k zákonu dodržována i zásada transparentnosti a přiměřenosti a zásada rovného zacházení a zákazu diskriminace. K tomu Úřad odkazuje na závěry judikatury a rozhodovací praxe Úřadu již citované v bodech 190. a 191. odůvodnění tohoto rozhodnutí, které Úřad na tomto místě pro přehlednost již neopakuje.
318. K výše uvedenému Úřad pro úplnost uvádí, že nepopírá, že zvolená varianta zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění mohla být zadavatelem z aktuálního pohledu vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější, avšak v daném případě nelze odhlédnout od skutečnosti, že k danému informačnímu systému bylo za dobu jeho

fungování uzavřeno množstvím navazujících smluv o dílo (jak vyplývá z bodu 263. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kterými měl být zajištěn vývoj a aktualizace tohoto informačního systému. S ohledem na množství navazujících smluv o dílo nelze dle Úřadu dovozovat, že by opakované zadávání navazujících smluv o dílo zajišťujících úpravy daného informačního systému v jednacím řízení bez uveřejnění bylo hospodárnějším řešením, než realizace předmětných úprav prostřednictvím zadání těchto plnění např. v otevřeném řízení, v rámci něhož se na rozdíl od jednacím řízení bez uveřejnění uplatní hospodářská soutěž o veřejnou zakázku mezi potenciálními dodavateli, a vybraný dodavatel ELVAC SOLUTIONS by byl v takovém případě mj. nucen odpovídajícím způsobem snížit svou nabídkovou cenu s ohledem na existenci konkurenčního prostředí. K dokreslení tohoto závěru odkazuje Úřad na rozhodnutí Úřadu citované v bodě 192. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

319. Zásadní však zůstává skutečnost, že obviněným tvrzená hospodárnost nemůže odůvodnit zadávání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Omezení, případně úplné vyloučení hospodářské soutěže, ke kterému dochází při použití jednacím řízení bez uveřejnění, je striktně vázáno na splnění zákonných podmínek pro použití tohoto druhu zadávací řízení, přičemž zásadou hospodárnosti v postupu zadavatele nemůže být legitimizován postup zadavatele pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, kde je zcela potlačena hospodářská soutěž a ta je, jak Úřad uvedl výše, primárním cílem zákona. Samotné dodržení zásady hospodárnosti (které se navíc může projevit pouze v krátkodobém horizontu) tedy nemůže mít za následek vyloučení zásad zadávání veřejných zakázek ve smyslu § 6 zákona. Výše uvedené závěry Úřadu vychází z aktuální judikatury, na kterou je v odůvodnění tohoto rozhodnutí opakovaně odkazováno.

K posouzení vlivu postupu obviněného na výběr dodavatele

320. Závěrem této části odůvodnění Úřad přistoupil k posouzení vlivu spáchání výše uvedeného přestupku obviněným na výběr dodavatele. Výše popsany nezákonny postup obviněného mohl ovlivnit výběr dodavatele u předmětné veřejné zakázky, neboť použitím jednacím řízení bez uveřejnění obviněný nedůvodně omezil okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacím řízení zúčastnit, resp. zcela vyloučil možnost účasti jakýchkoliv jiných dodavatelů, než vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS. Nelze tak vyloučit, že pokud by obviněný dodržel postup stanovený zákonem a zadával danou veřejnou zakázku v jiném, otevřenějším druhu zadávacím řízení, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější nabídky, než výše jmenovaný vybraný dodavatel. Úřad k tomuto pro úplnost dodává, že pro naplnění dikce ustanovení § 268 odst. 1 písm. a) zákona postačí pouhá možnost ovlivnění výběru dodavatele, tudíž úvaha nad potencialitou ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je součástí legitimního správního uvážení, k čemuž Úřad odkazuje na rozhodovací praxi již zmíněnou výše v bodě 195. odůvodnění tohoto rozhodnutí.
321. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05“ ze dne 24. 11. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl

ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS. S ohledem na výše uvedené důvody Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

K námitkám proti protokolu o kontrole ze dne 8. 3. 2019

Námítky proti protokolu o kontrole ze dne 8. 3. 2019

322. Dne 26. 3. 2019 obdržel Úřad námitky obviněného z téhož dne proti kontrolním zjištěním v protokolu o kontrole ze dne 8. 3. 2019, a to ve vztahu k veřejným zakázkám AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS, tj. námitku ohledně údajného zavinění stavu exkluzivity zadavatelem, námitku týkající se nezohlednění aspektů kybernetické bezpečnosti a námitku týkající se hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků, jakož i ve vztahu k veřejné zakázce Obnova zobrazovací stěny.
323. Co se týče námitek obviněného ve vztahu k veřejné zakázce Obnova zobrazovací stěny, Úřad konstatuje, že tyto námitky již byly vypořádány v rámci předchozího prvostupňového rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019. Jelikož výrok IV. citovaného rozhodnutí Úřadu, jímž bylo konstatováno spáchání přestupku obviněným v souvislosti s jeho nezákonným postupem při zadání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny, byl potvrzen rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 a nabyl právní moci téhož dne, Úřad již námitky obviněného ve vztahu k citované veřejné zakázce Obnova zobrazovací stěny ani jejich vypořádání v tomto rozhodnutí z důvodu přehlednosti opětovně neuvádí.

Námítka ohledně údajného zavinění „stavu exkluzivity“ zadavatelem

324. Ke kontrolním zjištěním ohledně údajného zavinění stavu exkluzivity zadavatelem obviněný uvádí, že Úřad zavinění stavu exkluzivity dodavatelů informačních systémů AisView, TIS a CMOS zadavatelem nesprávně posoudil, a že nesouhlasí s kontrolními zjištěními Úřadu, že na základě dřívější smlouvy zadavatele a vybraného dodavatele Foxtrot Technologies (veřejná zakázka AisView – Release 2017), jakož i zadavatele a dodavatele CS SOFT (veřejné zakázky Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS) vznikl právní stav, jehož důsledkem byl stav autorskoprávní exkluzivity na straně vybraných dodavatelů Foxtrot Technologies a ELVAC SOLUTIONS ve vztahu ke správě a aktualizaci systémů AisView 3, TIS a CMOS, přičemž tyto důvody byly zadavatelem udržovány, a vzniku stavu exkluzivity mohlo být zabráněno, pokud by zadavatel již v počáteční fázi správně formuloval smluvní podmínky, kterými by zajistil předání veškerých zdrojových kódů k výše uvedeným systémům, včetně práva do nich zasahovat samostatně i prostřednictvím třetích osob, již v rámci předchozích smluv. K výše uvedeným veřejným zakázkám obviněný zdůrazňuje, že jejich předmět plnění představoval vždy jednorázové plnění, jehož potřeba byla do značné míry vyvolána změnou legislativy či vznikem nových technických požadavků na zajištění bezpečnosti v oblasti letectví, jak vyplývá z investičních záměrů pro jednotlivé veřejné zakázky.
325. V případě veřejné zakázky AisView – Release 2017 se dle obviněného jednalo o požadavky EUROCONTROL na další fázi postupné implementace (pre)digitálních NOTAMů, v případě veřejné zakázky Release TIS 2017 se jednalo o požadavky dané směrnicemi ŘLP ČR, s. p., požadavky Úřadu pro civilní letectví (ÚCL), požadavky související s „*další legislativou, která definuje administrativu, pro kterou TIS tvoří technickou podporu*“ a požadavky na aktualizaci

vývojových knihoven, a v případě veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS se jednalo o požadavky na zabezpečení vysokého standardu bezpečnosti prostřednictvím udržování aktuální (podporované) verze softwarové platformy i hardwarové infrastruktury na patřičné výkonnostní úrovni. V této souvislosti obviněný uvádí, že by pro jednorázovou úpravu stávajících systémů bylo zcela nevhodné pořizovat systémy zcela nové, přičemž upozorňuje, že na rozdíl od jiných zadavatelů nezneužíval existující právní stav např. kopakovanému a pravidelnému pořizování podpory, nýbrž že se skutečně jednalo o jednorázovou dílčí aktualizaci, jejíž potřebu nemohl vzhledem k důvodu jejího vzniku v době pořízení dotčených systémů nijak předvídat. Obviněný dodává, že předmětem kontroly byly výhradně smlouvy z roku 2017, nikoli kroky zadavatele od okamžiku podpisu prvotních smluv (tedy okamžiku vzniku exkluzivity) do okamžiku realizace jednacích řízení bez uveřejnění, přičemž je třeba posuzovat jen to, zda zadavatel mohl při uzavření původních smluv předvídat budoucí potřebu realizace předmětu plnění veřejných zakázek AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS v roce 2017, což zde obviněný s ohledem na změnu legislativy, tedy na skutečnost nezávislou na vůli zadavatele a zejména dlouhodobě nepředvídatelnou, předvídat nemohl.

326. Obviněný dále uvádí, že na rozdíl od Rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-199/85 ze dne 10. 3. 1987, rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-318/94 ze dne 28. 3. 1996 a rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 citovaných v protokolu o kontrole nepostupoval účelově, neboť stav exkluzivity v jeho případě vznikl přirozeně, přičemž mezi jeho vytvořením a úmyslem postupovat prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění neexistuje příčinná souvislost. Obviněný rovněž namítá, že kontrolující osoby nejsou oprávněny dovozovat, že se zadavatel v předchozích zadávacích řízeních dopustil pochybení, neboť tato skutečnost by mohla být Úřadem posouzena pouze ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, a to v době zadání předchozích veřejných zakázek, nikoli až následně. Předmětem kontrolní činnosti Úřadu může být dle obviněného totiž pouze posouzení zákonnosti postupu zadavatele v rámci předmětných jednacích řízení bez uveřejnění a nikoli posouzení vhodnosti či výhodnosti historických smluv zadavatele k předmětným informačním systémům, tj. zejména licenčních ujednání, uzavřených v rámci předchozích veřejných zakázek, které ani v minulosti nebyly předmětem posouzení či správního řízení vedeného Úřadem. K právě uvedenému odkazuje obviněný na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2015-357 ze dne 1. 6. 2017.
327. Obviněný dále vyjadřuje své přesvědčení, že v době uzavírání původních smluv (a ani v současnosti) žádný právní předpis závazně nestanovil rozsah, v němž mají být upravena majetková autorská práva k informačním systémům ve veřejném sektoru, a uvádí, že z tohoto důvodu vycházel v době pořizování informačních systémů ze svých aktuálních potřeb, ze situace na trhu, z obvyklé praxe zadavatelů, jakož i ze stavu tehdejší legislativy, pročez nemohl uvažovat o založení stavu exkluzivity. Případná smluvní podmínka spočívající v povinnosti dodavatele dodat spolu s poptávaným informačním systémem též komentovaný zdrojový kód apod. by dle obviněného byla v době pořizování těchto systémů pravděpodobně napadena jako diskriminační a nepřiměřená ve smyslu tehdejší právní úpravy. Obviněný dodává, že z původních smluv nelze dovozovat, že by zadavatel plánoval používat předmětné informační systémy tak dlouhodobě, aby musel počítat s možností jejich budoucího rozšiřování. S odkazem na Rozsudek Nejvyššího správního soudu

ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53 obviněný uvádí, že pokud během životnosti software nastane z hlediska zadavatele objektivní změna (nová legislativa, nové manažerské rozhodnutí nadřízených orgánů), může nastat situace, kdy by vyloučení použití jednacímho řízení bez uveřejnění fakticky znamenalo zákonnou povinnost zadavatele pořídit určitý software znovu a tím znehodnotit již vynaloženou investici na dosavadní software, a že ačkoli se Úřad v protokolu o kontrole citovaným rozhodnutím zabýval, neposoudil otázku, zda mohl být postup zadavatele spíše nešikovným než zaviněným, tj. neposoudil zavinění zadavatele ve vztahu k individuálním okolnostem původní veřejné zakázky. Obviněný je přesvědčen, že Úřad je povinen prokázat zaviněný postup zadavatele při vytváření stavu exkluzivity, k čemuž v daném případě v protokolu o kontrole nedošlo, a že dovozování zpětného vědomí zadavatele (a tedy zavinění) ve vztahu k vytvoření stavu exkluzivity až z následných úkonů zadavatele je v rozporu s principy správního trestání, neboť zavinění musí být správními orgány posuzováno a prokazováno v době spáchání přestupku či před ním, nikoli na základě následných skutečností.

328. Obviněný opětovně uvádí, že stav exkluzivity vybraných dodavatelů nezavinil úmyslně a současně podnikl kroky k odstranění omezení vyplývajících ze stavu vendor lock-in, spočívající v (neúspěšné) snaze získat zdrojové kódy k systému AisView 3 – Release 2017 od vybraného dodavatele Foxtrot. Tato snaha obviněného mu byla dle jeho názoru (až absurdně) Úřadem přičtena k tíži, když Úřad v protokolu o kontrole uvedl, že zadavatel měl již v rámci udržování systému AisView od roku 2008 předpokládat nutnost realizace navazujících veřejných zakázek, což dle Úřadu potvrzuje i snaha zadavatele o odstranění stavu exkluzivity ve výše uvedeném smyslu, když vybraný dodavatel Foxtrot neprojevil ochotu poskytnout zadavateli práva k zásahu do systému AisView, což vyplývá zejména ze Smlouvy o dílo AisView 3 – Release 2016, kde je „opět licence poskytnuta jako nevýhradní.“ Obviněný považuje za absurdní, aby Úřad z jeho snahy o odstranění stavu vendor lock-in dovozoval samotné zavinění stavu exkluzivity v době vytvoření informačních systémů v původní podobě, a domnívá se, že tato snaha by mu naopak měla být přičtena k dobru. Obviněný uzavírá, že kontrolní zjištění Úřadu neprokázala jeho zavinění ve vztahu k důvodům pro zadání veřejných zakázek AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění, a že tato zjištění ignorují, že potřeba zadání těchto veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění nastala na základě změny legislativy, která byla ke dni vzniku stavu exkluzivity nepředvídatelná.

K nezohlednění aspektů kybernetické bezpečnosti

329. K nezohlednění aspektů kybernetické bezpečnosti v kontrolních zjištěních obviněný namítá, že Úřad nesprávně přistupuje k problematice informačních systémů, které jsou kritickou informační infrastrukturou, přičemž dle čl. V písm. c) 2 přílohy nařízení vlády č. 432/2010 Sb., o kritériích pro určení prvků kritické infrastruktury jsou odvětvovými kritérii naplňujícími prvky kritické infrastruktury u řízení letového provozu a) přibližovací služba řízení a letištní služba řízení letiště určeného jako kritická infrastruktura, nebo b) oblastní služba řízení poskytující letové provozní služby včetně řízení letového provozu ve vzdušném prostoru České republiky. Ze skutečnosti, že předmětné informační systémy jsou ve smyslu výše uvedeného nařízení a odst. 2 písm. g) krizového zákona kritickou infrastrukturou, dovozuje Úřad (ve vztahu k veřejné zakázce AisView – Release 2017, později obdobně ve vztahu k veřejným zakázkám Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS – pozn. Úřadu) zavinění

stavu exkluzivity tak, že „zadavatel označuje předmětný systém ve svém doplnění vyjádření ze dne 26. 9. 2018 za 'systém kritické infrastruktury, který má zásadní dopad na bezpečnost a životy osob (...),' u kterého má zadavatel dle svého vyjádření povinnost nejen zajistit bezproblémový chod, ale i kupříkladu povinnost zavést a provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti předmětného systému,“ přičemž zadavatel si mohl důležitost tohoto systému pro bezpečnost uvědomit již v době jeho vzniku, a zároveň si musel být vědom nutnosti zabezpečit systém AisView před souvisejícími riziky, a to bez ohledu na to, že v té době neexistoval kybernetický zákon, a bylo možno i předpokládat nutnost udržování tohoto systému.

330. K citovaným kontrolním zjištěním obviněný uvádí, že z definičních znaků kritické infrastruktury nebo jejích prvků nelze v žádném případě dovozovat, že zadavatel měl již v době pořízení předmětných systémů předpokládat jejich další rozvoj toliko z důvodu, že se jedná o systém kritické infrastruktury; opačný názor by mohl vést k absurdní situaci, neboť v případě, že by si jakýkoli zadavatel pořizoval informační systém, který je kritickou infrastrukturou nebo za ni bude později prohlášen, měl by již v době pořízení předpokládat jeho další rozvoj právě z důvodu, že se jedná nebo bude jednat o kritickou informační infrastrukturu. Uvedený závěr Úřadu je tak dle obviněného v rozporu se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012-53, které naopak ukládají, že předvídatelnost rozvoje informačních systémů je třeba posuzovat u každého případu individuálně, přičemž v době uzavření původních smluv o dílo AisView 3, Úprava HMI systému CMOS a původní smlouvy Release TIS, tj. v roce 2008, 2000 a 2003 byly v oblasti kybernetické bezpečnosti a kybernetických hrozeb nastaveny zcela odlišné podmínky a standardy než v současnosti, a zadavatel tak budoucí vývoj těchto podmínek a standardů nemohl v uvedených letech předvídat, přičemž legální definici kritické infrastruktury vymezila až Směrnice Rady 2008/114/ES ze dne 8. prosince 2008 o určování a označování evropských kritických infrastruktur a o posouzení potřeby zvýšit jejich ochranu, a obviněný je až na základě opatření obecné povahy Národního bezpečnostního úřadu č. j. 7100/2015-NBÚ/41 ze dne 23. 9. 2015 provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti. Obviněný dodává, že mu z citovaného zákona vyplývají nové povinnosti, např. povinnost provádět bezpečnostní opatření v rozsahu nezbytném pro zajištění kybernetické bezpečnosti informačního systému kritické informační infrastruktury, a že v přechodné době od uvedené změny legislativy do dokončení nových systémů by nemohl provést úpravy těchto systémů, čímž by nedostal povinností dle zákona o kybernetické bezpečnosti a zároveň by tak systémy vystavil hrozbě kybernetického útoku či nefunkčnosti, což by vedlo k ohrožení bezpečnosti a zdraví osob.
331. Obviněný dále konstatuje, že z bezpečnostních důvodů bylo rovněž nutné maximálně omezit počet subjektů majících technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury, proto je nemyšlitelné, aby obviněný, pokud by disponoval příslušnými zdrojovými kódy, opakovaně zadával veřejné zakázky na rozvoj těchto systémů v otevřeném řízení a poskytoval pak uvedené zdrojové kódy neomezenému okruhu potenciálních dodavatelů, byť s využitím dohody o mlčenlivosti, neboť ani taková dohoda by nemusela vylučovat riziko zneužití zdrojových kódů či dokonce páčání trestné činnosti. Obviněný též odkazuje na § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti, dle kterého správci informačních a komunikačních systémů kritické informační infrastruktury, jakož i správci významných

informačních systémů, mohou při výběru dodavatele informačního nebo komunikačního systému stanovit technické parametry veřejné zakázky tak, aby byla zohledněna bezpečnostní opatření a bezpečnostní dokumentace dle zákona o kybernetické bezpečnosti, přičemž specifikací těchto podmínek nedojde k nezákonnému omezení hospodářské soutěže nebo k vytvoření neodůvodněné překážky hospodářské soutěže ve smyslu ustanovení zákona o ochraně hospodářské soutěže a zákona o zadávání veřejných zakázek, a dodává, že realizace jednacím řízení bez uveřejnění na úpravy a rozšíření funkcionalit existujících systémů je rovněž způsobem ochrany fungování kritické informační infrastruktury ve smyslu citovaného ustanovení. Systém CMOS, certifikovaný Úřadem pro civilní letectví, je pak dle obviněného základním prostředkem pro pracovníky dohledu nad provozovanými systémy a pro podporu poskytování služeb letového provozu, pročez náhrada tohoto systému jiným software je při maximální snaze o odstranění stavu vendor lock-in, zachování hospodárnosti a zajištění nepřetržité funkčnosti, bezpečnosti a ochrany tohoto systému mimořádně časově i finančně náročná, neboť systém CMOS slouží k monitorování přibližně 500 různých zařízení v rámci prostředí zadavatele.

K hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků

332. Ve vztahu k hospodárnému vynakládání veřejných prostředků vyjadřuje obviněný s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 26. 4. 2012, č. j. 62 Af 61/2010-332 nesouhlas s argumentací Úřadu, která dle jeho názoru potlačuje zásadu hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků, v důsledku čehož neopodstatněně akcentuje nutnost opětovného vysoutěžení nových informačních systémů. Obviněný k tomu dodává, že ve smyslu uvedené argumentace Úřadu je prakticky vždy možné znehodnotit původní investici a zadat veřejnou zakázku takovým způsobem, aby nenavazovala na plnění, které vybraný dodavatel již dříve poskytl, tedy vždy je možno konstatovat, že předmět plnění veřejné zakázky (včetně částí, na které měl navazovat) může být realizován zcela jiným dodavatelem. Obviněný je přesvědčen, že pokud by takový výklad byl zákonný, byla by zcela vyloučena aplikace § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť ochrany výhradních práv by nebylo třeba, pokud by byl předmět těchto výhradních práv vždy nahrazován novým řešením. K právě uvedenému obviněný dodává, že ekonomický aspekt určitého řešení, tedy zda zájem na hospodářské soutěži na část určitého informačního systému odůvodňuje zmaření investice, která byla do tohoto systému zadavatelem již vložena, by měl být rozhodnou skutečností pro posuzování zákonnosti postupu zadavatele. Úřad však dle obviněného takovou úvahu v rámci protokolu o kontrole neučinil, ani si nevyžádal od obviněného příslušnou analýzu, přičemž takovou úvahu zcela vylučuje. V návaznosti na právě uvedené obviněný sděluje, že jeho povinností dle zákona nebylo v rámci přípravy předmětných jednacím řízení bez uveřejnění takové posouzení provádět, když ekonomická nevýhodnost nahrazení původního plnění je zřejmá prima facie, a zároveň existovaly další důvody pro zadání předmětných veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 63 odst. 3 písm. c). Obviněný je přesvědčen, že kontrolní zjištění ve výše uvedeném smyslu jsou pouze domněnkami kontrolních osob, přičemž tyto domněnky nemají oporu v podkladech kontroly. Obviněný tak považuje předmětná kontrolní zjištění za nezákonná a ignorující princip hospodárnosti formulovaný rozhodovací praxí.
333. Obviněný závěrem k výše uvedenému opakuje, že u šetřených veřejných zakázek AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS byly dle názoru obviněného z jeho strany splněny všechny podmínky podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, přičemž zavinění

stavu exkluzivity nebylo dle zadavatele ze strany Úřadu prokázáno, když Úřad „*ignoruje či nedůvodně odmítá argumenty a důkazy zadavatele.*“

Vypořádání námitek

334. Na tomto místě Úřad uvádí, že obviněný v námitkách použil obdobnou argumentaci jako ve svém vyjádření ze dne 9. 5. 2019, se kterou se již Úřad vypořádal výše v odůvodnění jednotlivých výroků tohoto rozhodnutí. Proto Úřad s ohledem na přehlednost odkazuje na odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Námítka ohledně údajného zavinění „stavu exkluzivity“ zadavatelem

335. Ohledně argumentu obviněného, že předmět plnění veřejných zakázek AISView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS představoval vždy jednorázové plnění, jehož potřeba byla do značné míry vyvolána změnou legislativy či vznikem nových technických požadavků na zajištění bezpečnosti v oblasti letectví, Úřad konstatuje, že v rámci šetřeného řízení o přestupcích Úřad obviněného opakovaně vyzval k prokázání existence veškerých objektivně nepředvídatelných okolností, které dle jeho názoru vyvolaly potřebu zadání výše citovaných veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění, a to za účelem posouzení jejich možné podřaditelnosti pod čtvrtou kategorii dle aktuální judikatury krajského soudu specifikované v bodě 150. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad následně výše v odůvodnění jednotlivých výroků tohoto rozhodnutí posoudil relevantnost veškerých obviněným uváděných objektivních okolností, přičemž dospěl k závěru, že obviněný jejich existenci neprokázal a jeho postup spočívající v zadání citovaných veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění tak byl neoprávněný, jelikož nebyla naplněna materiální stránka podmínek pro použití daného postupu. Úřad se rovněž v odůvodnění výroků II. a III. tohoto rozhodnutí vypořádal s argumentací obviněného, že v případě informačních systémů TIS a CMOS nebyl v době uzavření iniciačních smluv k těmto systémům v postavení veřejného zadavatele a nedopadala tak na jeho postup právní úprava zadávání veřejných zakázek. Úřad v této souvislosti přisvědčil obviněnému, že v době uzavření zmíněných iniciačních smluv v letech 2000 a 2003 nebyl v pozici veřejného zadavatele a v dané době tak neměl důvod přizpůsobovat jím uzavírané iniciační smlouvy právní úpravě zadávání veřejných zakázek, která na jeho postup začala dopadat až počínaje dnem 1. 5. 2004. V návaznosti na výše uvedené však Úřad konstatoval, že obviněný v rámci uzavření prvních navazujících smluv po datu 1. 5. 2004, kterými došlo ke změnám původních smluv, již vystupoval v roli veřejného zadavatele, kdy na tento jeho postup již dopadala právní úprava zadávání veřejných zakázek. V případě těchto smluv Úřad dovodil, že se jednalo o samostatné veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž tento postup obviněného mohl být dle Úřadu oprávněný. V návaznosti na takto učiněný závěr však Úřad zdůraznil, že ačkoliv postup obviněného spočívající v uzavření výše uvedených prvotních navazujících smluv na základě jednacím řízení bez uveřejnění mohl být v daném případě oprávněný, nelze na základě tohoto postupu dovozovat možnost dalšího omezování hospodářské soutěže do budoucna. Úřad dále uvedl, že zadavatel v těchto prvotních veřejných zakázkách nově stanovoval účel pořízení předmětů plnění původních iniciačních smluv, přičemž v rámci těchto prvotních navazujících veřejných zakázek byl obviněný povinen s ohledem na dodržení povinností plynoucích ze zákonné úpravy zadávání veřejných zakázek stanovit svůj požadavek na získání zdrojových kódů či dalších technických informací potřebných k úpravě daných systémů TIS a CMOS od vybraného dodavatele ELVAC

SOLUTIONS. Jelikož si obviněný v rámci těchto veřejných zakázek poskytnutí potřebných zdrojových kódů nezajistil, nebyl dle Úřadu oprávněn zadávat další navazující plnění v podobě úprav daných informačních systémů v jednacím řízení bez uveřejnění z autorskoprávních důvodů s odkazem na skutečnost, že v době uzavření iniciačních smluv nebyl veřejným zadavatelem. S ohledem na výše uvedené proto změna právního postavení obviněného nastala dne 1. 5. 2004 nepředstavovala objektivní nepředvídatelnou okolnost odůvodňující oprávněnost zadání veřejných zakázek Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění. V bližších podrobnostech ohledně posouzení postupu obviněného ve vztahu k jednotlivým veřejným zakázkám Úřad odkazuje na odůvodnění jednotlivých výroků tohoto rozhodnutí.

336. K námitce obviněného, že obviněný nepostupoval účelově, neboť stav exkluzivity v jeho případě vznikl přirozeně, přičemž mezi jeho vytvořením a úmyslem postupovat prostřednictvím jednacím řízení bez uveřejnění neexistuje příčinná souvislost a že předmětem kontrolní činnosti Úřadu může být posouzení zákonnosti postupu zadavatele v rámci předmětných jednacích řízení bez uveřejnění a nikoli posouzení vhodnosti či výhodnosti historických smluv zadavatele k předmětným informačním systémům Úřad uvádí, že součástí posouzení oprávněnosti postupu obviněného v jednacích řízeních bez uveřejnění realizovaných v roce 2017 je posouzení splnění jak formálních, tak materiálních podmínek umožňujících daný postup obviněného, přičemž v rámci posouzení naplnění materiálních podmínek se musí Úřad zabývat otázkou zavinění stavu exkluzivity vybraných dodavatelů ze strany zadavatele. Za tímto účelem proto musí Úřad zkoumat rovněž podobu předchozích smluv uzavíraných k daným informačním systémům, byť předmětem přezkumu v šetřeném řízení o přestupcích je postup obviněného spočívající v zadání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění realizovaných v roce 2017. V této souvislosti Úřad v rámci jednotlivých přezkoumávaných zakázek posoudil jak okolnosti ohledně vzniku stavu exkluzivity vybraných dodavatelů, tak rovněž zohlednil skutečnost, že v průběhu životnosti předmětných systémů došlo k uzavírání množství navazujících smluv o dílo, kterými obviněný postupně prohluboval funkčnost jednotlivých informačních systémů a jimiž byl stav exkluzivity vybraných dodavatelů udržován. Výše zmíněné uzavírání množství navazujících smluv pak mimo jiné dokládá skutečnost, že předmětné systémy byly pro obviněného důležitým nástrojem a musel si tedy být vědom charakteru a významu těchto systémů pro chod zadavatele a plnění jeho povinností. Nadto kromě výše uvedeného bylo i vzhledem k celkovému počtu uzavřených smluv týkajících se úprav předmětných informačních systémů, kterými byl stav exkluzivity vybraných dodavatelů v průběhu existence daných systémů udržován, dle názoru Úřadu zřejmé, že obviněný musel být s nutností realizace navazujících veřejných zakázek seznámen, oproti např. případu, ve kterém by poptával plnění spočívající v jednorázových úpravách systému až po mnoha letech užívání. K tomu Úřad pro úplnost dodává, že výše v odůvodnění jednotlivých výroků tohoto rozhodnutí již Úřad podrobně rozebral problematiku uzavírání navazujících plnění v rámci posouzení otázky zavinění vzniku stavu exkluzivity vybraných dodavatelů, jak k tomu byl povinován rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019, přičemž Úřad na výše uvedenou argumentaci na tomto místě v plném rozsahu odkazuje.
337. Ohledně námítky obviněného, že případná smluvní podmínka spočívající v povinnosti dodavatele dodat spolu s poptávaným informačním systémem též komentovaný zdrojový

kód by byla v době pořizování těchto systémů pravděpodobně napadena jako diskriminační a nepřiměřená ve smyslu tehdejší právní úpravy Úřad uvádí, že se jedná pouze o domněnky obviněného. Úřad již v odůvodnění výroku I. tohoto rozhodnutí odkázal na judikaturu Nejvyššího správního soudu, z níž vyplývá, že zadavatel je oprávněn zvolit si v rámci zadávacích podmínek k jím poptávanému předmětu plnění takové požadavky, které sám považuje ve vztahu k předmětu veřejné zakázky za nezbytné, přičemž jako diskriminační mohou být shledány takové požadavky, jejichž potřebu není zadavatel schopen objektivně odůvodnit. V případě systému AisView, u něhož obviněný již v době uzavření iniciační smlouvy v roce 2008 vystupoval v pozici veřejného zadavatele, by tak předmětný požadavek na získání komentovaných zdrojových kódů včleněný do zadávacích podmínek původní veřejné zakázky nebyl podle Úřadu objektivně nezodpovědný, neboť tímto požadavkem by obviněný zabránil vzniku stavu exkluzivity vybraného dodavatele Foxtrot Technologies a nebyl by tak nucen veškerá navazující plnění spočívající v úpravách daného systému nezákonně zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění. Co se týče informačních systémů TIS a CMOS, obviněný v rámci uzavírání iniciačních smluv k těmto systémům nebyl povinen začleňovat do těchto smluv požadavek na získání komentovaného zdrojového kódu, neboť na jeho postup v dané době nedopadala právní regulace zadávání veřejných zakázek. Obviněný však byl povinen poté, co se počínaje dnem 1. 5. 2004 stal veřejným zadavatelem, začlenit požadavek na poskytnutí komentovaného zdrojového kódu do zadávacích podmínek první z jím zadávaných veřejných zakázek na úpravu každého z obou systémů, neboť v rámci těchto prvních navazujících veřejných zakázek obviněný nově stanovoval účel pořízení předmětů plnění původních iniciačních smluv s ohledem na nově kladené požadavky plynoucí z právní úpravy zadávání veřejných zakázek a současně si musel být vědom potřeby následných úprav a údržby předmětných systémů. Protože si však obviněný v rámci těchto prvních navazujících veřejných zakázek poskytnutí komentovaných zdrojových kódů nezajistil, nebyl dle Úřadu oprávněn zadávat další navazující plnění v podobě úprav daných informačních systémů v jednacím řízení bez uveřejnění z autorskoprávních důvodů s odkazem na skutečnost, že v době uzavření iniciačních smluv nebyl veřejným zadavatelem. Současně je nutné uvést, že zadavatel sice nemá povinnost zajistit si zdrojové kódy k pořizovaným systémům, avšak nelze se následně domáhat oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona pro pořízení navazujícího či rozšiřujícího plnění, které bylo s ohledem na okolnosti šetřených případů možno předpokládat.

338. Ohledně přesvědčení obviněného, že Úřad je povinen prokázat zaviněný postup obviněného při vytváření stavu exkluzivity, Úřad konstatuje, že zapříčinění stavu exkluzivity vybraných dodavatelů Foxtrot Technologies a ELVAC SOLUTIONS obviněným bylo ze strany Úřadu dostatečně prokázáno výše v odůvodnění výroku I. až III. tohoto rozhodnutí.
339. K námitce obviněného, že obviněný se v minulosti snažil stav exkluzivity odstranit získáním zdrojových kódů, se Úřad již dříve vyjádřil v odůvodnění tohoto rozhodnutí, a proto na tyto pasáže z důvodu přehlednosti odkazuje (viz body 170., 242. a 301. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K nezohlednění aspektů kybernetické bezpečnosti

340. K námitce obviněného, že z definičních znaků kritické infrastruktury nebo jejích prvků nelze v žádném případě dovozovat, že zadavatel měl již v době pořizování předmětných systémů

předpokládat jejich další rozvoj toliko z důvodu, že se jedná o systém kritické infrastruktury, Úřad uvádí, že ze samotných investičních záměrů AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS a z vyjádření obviněného vyplývá, že předmětné informační systémy jsou páteřními systémy infrastruktury obviněného zajišťující bezpečnosti řízení letového provozu v České republice. Proto podle Úřadu si obviněný musel být již v době vzniku informačních systémů vědom významu a důležitosti těchto systémů pro bezpečnost, vzhledem k tomu, že se jedná o systémy, které zajišťují bezpečnost pohybu ve vzdušném prostoru státu, a to včetně rizik, kterými mohou být takové systémy ohroženy. Obviněný si přitom musel být dle Úřadu vědom nutnosti zabezpečit informační systémy před těmito riziky bez ohledu na neexistenci kybernetického zákona, který později mimo jiné výslovně stanovil pravidla pro zajištění takto důležitých systémů. K tomu Úřad dodává, že podrobnosti ohledně důležitosti každého z předmětných informačních systémů pro obviněného již Úřad podrobně rozvedl v odůvodnění jednotlivých výroků tohoto rozhodnutí, přičemž Úřad uvedenou argumentaci na tomto místě pro přehlednost znovu neopakuje.

341. V námitkách obviněný dále tvrdí, že z bezpečnostních důvodů bylo rovněž nutné maximálně omezit počet subjektů majících technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury, proto je nemyšlitelné, aby obviněný, pokud by disponoval příslušnými zdrojovými kódy, opakovaně zadával veřejné zakázky na rozvoj těchto systémů v otevřeném řízení a poskytoval pak uvedené zdrojové kódy neomezenému okruhu potenciálních dodavatelů. Dále obviněný odkazuje na § 4 odst. 4 zákona o kybernetické bezpečnosti, podle kterého obviněný, jakožto správce informačních a komunikačních systémů kritické informační infrastruktury, mohl stanovit technické podmínky veřejných zakázek AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS s ohledem na ochranu bezpečnosti informačních systémů, přičemž tímto nedošlo k nezákonnému omezení hospodářské soutěže. K tomu Úřad uvádí, že posouzením postupu obviněného při zadání výše specifikovaných veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění se Úřad již podrobně zabýval v odůvodnění jednotlivých výroků I. až III. tohoto rozhodnutí (na něž na tomto místě v podrobnostech v plné míře odkazuje), kde zohlednil veškeré otázky, k jejichž posouzení byl povinován rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019. Úřad tedy ve vztahu k posouzení postupu obviněného s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti nejprve dovedl, že předmětné informační systémy AisView, TIS a CMOS spadají pod kritickou informační infrastrukturu dle zákona o kybernetické bezpečnosti, následně Úřad posoudil povinnosti obviněného plynoucí ze zákona o kybernetické bezpečnosti, a poté zkoumal, zda bylo v šetřeném případě přiměřené zajistit splnění uvedených povinností úplným vyloučením hospodářské soutěže prostřednictvím zadání citovaných veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění. Na základě takového posouzení a s přihlédnutím k relevantní judikatuře a metodice NÚKIB dospěl Úřad k závěru, že obviněným tvrzená povinnost zajistit bezpečnost prvků kritické informační infrastruktury není sama o sobě důvodem pro oprávněné použití jednacím řízení bez uveřejnění. Nad rámec toho Úřad v šetřeném řízení o přestupcích vyzval obviněného k písemnému sdělení, z jakého důvodu nebylo možné v případě přezkoumávaných veřejných zakázek učinit jiná bezpečnostní opatření (ve smyslu zákona o kybernetické bezpečnosti) k zajištění kybernetické bezpečnosti předmětných informačních systémů, kterými by došlo k mírnějšímu omezení hospodářské soutěže, než použít pro zadání citovaných zakázek jednacím řízení bez uveřejnění, resp. splnění kterých konkrétních povinností obviněného

vyplývající z zákona o kybernetické bezpečnosti by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacím řízení bez uveřejnění. Obviněný v návaznosti na tuto výzvu Úřadu ve svém vyjádření ze dne 4. 12. 2019 sdělil, že svůj postup spočívající v zadání citovaných zakázek neodůvodňoval skutečností, že je provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury, nýbrž autorskoprávními důvody. Obviněný dále uvedl, že v rámci svých předchozích vyjádření pouze obecně konstatoval a nadále trvá na tom, že s ohledem na zákon o kybernetické bezpečnosti by měl být z bezpečnostních důvodů maximálně omezen počet subjektů, kteří mají technické informace o fungování systémů kritické informační infrastruktury, přičemž žádnou bližší argumentaci obviněný k této otázce nepředložil. V návaznosti na výše uvedené Úřad uzavírá, že ani sám obviněný v šetřeném případě neoznačil žádnou konkrétní povinnost plynoucí ze zákona o kybernetické bezpečnosti, jejíž splnění by nebylo možné zajistit v případě učinění jiného bezpečnostního opatření mírněji omezujícího hospodářskou soutěž, než použití jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž stejně tak ani Úřad existenci žádné takové konkrétní povinnosti obviněného neshledal. Úřad současně zdůraznil, že obviněný zdrojovými kódy a informacemi potřebnými k úpravě předmětných informačních systémů vůbec nedisponoval. V takovém případě tudíž nelze dle Úřadu akceptovat argumentaci obviněného odůvodňující oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění „ochranou“ dat v situaci, kdy obviněný těmito daty ani reálně nedisponuje a nemá tak plnou kontrolu nad jejich využitím. Nehledě na výše uvedené však Úřad uzavírá, že samotná skutečnost, že předmětné informační systémy jsou prvky kritické informační infrastruktury, není automaticky důvodem pro oprávněné použití jednacím řízení bez uveřejnění ze strany obviněného, přičemž sám obviněný ve výše citovaném vyjádření výslovně uvedl, že šetřené veřejné zakázky nezadával v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu, že je provozovatelem prvku kritické informační infrastruktury.

K hospodárnosti vynakládání veřejných prostředků

342. K argumentům obviněného ohledně použití jednacím řízení bez uveřejnění na základě zásady hospodárnosti se již Úřad vyjádřil v odůvodnění tohoto rozhodnutí, proto na tyto pasáže Úřad odkazuje. Nadto však Úřad znovu opakuje s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, že samotná zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jež se v zákoně promítá striktně danými podmínkami pro použití jednacím řízení bez uveřejnění, které musí být vykládány restriktivně s ohledem na ochranu hospodářské soutěže. Je tedy zřejmé, že pouze tvrzená hospodárnost a efektivnost postupu spočívajícího v zadání veřejných zakázek AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění, což činí obviněný, nemůže obstát a postačovat.
343. Tvrzení obviněného, že při zadávání veřejných zakázek AisView – Release 2017, Release TIS 2017 a Úprava HMI systému CMOS naplnil podmínky § 63 odst. 3 písm. c) zákona shledal Úřad za nesprávná, proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích I. až III. tohoto rozhodnutí.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí – uložení správního trestu

344. Úřad nejprve uvádí, že druhostupňovým rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0121/2019/VZ-24173/2019/321/OMa ze dne 2. 9. 2019 byl potvrzen výrok IV. původního

prvostupňového rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019, v němž Úřad konstatoval spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona obviněným v souvislosti s jeho nezákonným postupem při zadání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny, přičemž výrok IV. citovaného původního rozhodnutí Úřadu nabyt právní moci dne 2. 9. 2019. Z právě uvedeného důvodu se proto Úřad v tomto rozhodnutí již opětovně nezabýval otázkou viny obviněného za spáchání přestupku v souvislosti s jeho postupem ve veřejné zakázce Obnova zobrazovací stěny, nicméně uvedený výrok o vině obviněného Úřad zohlednil v této pasáži odůvodnění týkající se uložení správního trestu.

345. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona, nepoužije-li se postup podle odstavce 3 citovaného ustanovení zákona, 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) citovaného ustanovení zákona.
346. Ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017 jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku AisView 3 – Release 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele Foxtrot Technologies zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 133/126/08“ ze dne 19. 9. 2008 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo AisView 3 – Release 2017.
347. Ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky Release TIS 2017 jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku Release TIS 2017 v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 3014/2137/05“ ze dne 5. 12. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo Release TIS 2017.
348. Ve výroku III. tohoto rozhodnutí Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že použil pro zadání veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS jednacím řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. c) zákona, neboť v daném případě zadal veřejnou zakázku Úprava HMI systému CMOS v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoli důvod ochrany výhradních práv vybraného dodavatele ELVAC SOLUTIONS zapříčinil obviněný v důsledku svého předchozího vědomého postupu při uzavření „Smlouvy o dílo č. 3014/2136/05“ ze dne 24. 11. 2005 a všech navazujících smluv k danému informačnímu systému, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS.

349. Ve výroku IV. původního rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019 Úřad konstatoval, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že pro zadání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny nedodržel pravidla stanovená v § 63 odst. 3 písm. b) zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, aniž by byly splněny podmínky pro postup podle citovaného ustanovení zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů, v jejichž důsledku neexistuje hospodářská soutěž, realizovat pouze jediný dodavatel – vybraný dodavatel Nowatron Elektronik, ačkoliv na základě tohoto důvodu předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadal a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž výše uvedený postup mohl ovlivnit výběr dodavatele, a obviněný zadal citovanou veřejnou zakázku uzavřením kupní smlouvy Obnova zobrazovací stěny.
350. Podle § 270 odst. 5 zákona odpovědnost obviněného za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
351. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. V šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí uzavřením smlouvy o dílo AisView 3 – Release 2017 dne 9. 11. 2017, ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí došlo uzavřením smlouvy o dílo Release TIS 2017 dne 19. 4. 2017, ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku III. tohoto rozhodnutí došlo uzavřením smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS dne 18. 1. 2017 a ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku IV. původního rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019 došlo uzavřením kupní smlouvy Obnova zobrazovací stěny dne 16. 3. 2017. Řízení o přestupcích vedená pod sp. zn. S0171/2019/VZ, sp. zn. S0172/2019/VZ, sp. zn. S0173/2019/VZ a sp. zn. S0174/2019/VZ byla zahájena dne 30. 4. 2019. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za tyto přestupky nezanikla.
352. Podle § 41 odst. 1 zákona o přestupcích se za dva nebo více přestupků téhož pachatele projednaných ve společném řízení uloží správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejpřísněji trestný. Jsou-li horní hranice sazeb pokut stejné, uloží se správní trest podle ustanovení vztahujícího se na přestupek nejzávažnější.
353. Výše zmíněné ustanovení § 41 odst. 1 zákona o přestupcích do oblasti správního trestání přenáší zásadu absorpce, neboť mj. zakotvuje institut tzv. úhrnného trestu (blíže k výkladu pojmů sbíhajících se přestupků, vč. úhrnného nebo souhrnného trestu lze v plné míře odkázat na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R0142/2019/VZ-28843/2019/322/PJe ze dne 21. 10. 2019, zejména bod 68. a následující odůvodnění).
354. V souladu s již citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve společném řízení o přestupcích uloží pokutu podle přísněji trestného přestupku, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který přestupek je možno v šetřeném případě uložit přísnější správní trest (vyšší pokutu).

355. V daném případě se zadavatel dopustil čtyř přestupků podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, za něž lze v souladu s ustanovením § 268 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.
356. Cena veřejné zakázky AisView 3 – Release 2017, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku, či za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí dle čl. 7 „Cena a platební podmínky“ bodu 7.1 smlouvy o dílo AisView 3 – Release 2017 celkem 5 098 674,- Kč bez DPH, tj. 6 169 395,54 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % ceny zakázky) tedy činí částku ve výši 616 940,- Kč.
357. Cena veřejné zakázky Release TIS 2017, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku, či za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí dle čl. 7 „Cena a platební podmínky“ bodu 7.1 smlouvy o dílo Release TIS 2017 celkem 6 360 640,- Kč bez DPH, tj. 7 696 374,4 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % ceny zakázky) tedy činí částku ve výši 769 637,- Kč.
358. Cena veřejné zakázky Úprava HMI systému CMOS, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku, či za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí dle čl. 7 „Cena a platební podmínky“ bodu 7.1 smlouvy o dílo Úprava HMI systému CMOS celkem 5 118 950,- Kč bez DPH, tj. 6 193 929,5 Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % ceny zakázky) tedy činí částku ve výši 619 393,- Kč.
359. Cena veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny, při jejímž zadání se obviněný dopustil přestupku, či za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí dle čl. 4 „Kupní cena a její splatnost“ bodu 4.1 kupní smlouvy Obnova zobrazovací stěny celkem 8 899 700,- Kč bez DPH, tj. 10 768 637,- Kč vč. DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % ceny zakázky) tedy činí částku ve výši 1 076 864,- Kč.
360. Úřad v daném případě posoudil za nejzávažnější přestupek uvedený ve výroku IV. původního rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019, neboť výše horní hranice možné pokuty je v jeho případě vyšší, než výše horní hranice možné pokuty u přestupků uvedených ve výrocih I. až III. tohoto rozhodnutí, přičemž činí částku 1 076 864,- Kč.
361. Úřad tedy přistoupil k uložení pokuty za spáchání přestupku uvedeného ve výroku IV. původního rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019 a k přestupkům uvedeným ve výrocih I. až III. tohoto rozhodnutí s ohledem na použití zásady absorpce přihlédl v rámci přitěžujících okolností. Pro úplnost Úřad rovněž konstatuje, že toto rozhodnutí není v době svého vydání v souběhu s jiným, dříve vydaným rozhodnutím Úřadu.
362. Podle § 37 písm. a), c) a g) zákona o přestupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédnou zejména k povaze a závažnosti přestupku, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnické osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
363. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přestupku, dále způsobem spáchání přestupku,

okolnostmi spáchání přestupku, rovněž i délkou doby, po kterou trvalo protiprávní jednání pachatele nebo po kterou trval protiprávní stav udržovaný protiprávním jednáním pachatele a počtem jednotlivých dílčích útoků, které tvoří pokračování v přestupku.

364. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011 – 78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
365. S ohledem na povahu a závažnost spáchaného přestupku (viz odůvodnění výroku IV. původního rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0171,0172,0173,0174/2019/VZ-17200/2019/541/OKo ze dne 19. 6. 2019) Úřad zohlednil při ukládání pokuty následující skutečnosti. K významu zákonem chráněného zájmu porušeného spáchaným přestupkem Úřad uvádí, že účelem zákona je dle aktuální rozhodovací praxe zajištění podmínek pro vytvoření hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, jímž je dosahováno efektivního vynakládání veřejných prostředků. Z právě uvedeného vyplývá, že zákonem chráněným zájmem je efektivní hospodářské soutěž a konkurenčního prostředí mezi dodavateli, stejně jako veřejné prostředky.
366. K významu a rozsahu následku spáchaného přestupku Úřad dále konstatuje, že následkem shora popsaného nezákonného postupu obviněného byla situace, kdy se potenciální zájemci o veřejnou zakázku Obnova zobrazovací stěny nemohli ucházet. Vybraný dodavatel Nowatron Elektronik tak nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídek, v důsledku čehož mohlo dojít k neekonomickému využití veřejných prostředků. Nelze proto vyloučit, že pokud by obviněný postupoval v souladu se zákonem a veřejnou zakázku Obnova zobrazovací stěny zadal v jiném, otevřenějším, druhu zadávacího řízení podle zákona umožňujícím hospodářskou soutěž mezi dodavateli, mohl v konečném důsledku získat méně nákladné řešení, než v šetřeném případě.
367. K povaze a závažnosti spáchaného přestupku Úřad s ohledem na výše uvedené konstatuje, že vzhledem k tomu, že obviněný použil pro zadání veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny jednacím řízením bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny výše specifikované zákonné podmínky, způsobil, že se šetřeného zadávacího řízení zúčastnil pouze jeden oslovený dodavatel, tj. vybraný dodavatel Nowatron Elektronik, a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup zcela vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků. Jelikož v posuzovaném případě obviněný nezadal veřejnou zakázku Obnova zobrazovací stěny v příslušném zadávacím řízení a znemožnil tak účast širšímu okruhu dodavatelů, čímž došlo k výraznému narušení soutěžního prostředí, jedná se o přestupek velmi závažného charakteru.

368. Úřad při stanovení výše pokuty shledal jako přitěžující okolnost, že se obviněný dopustil rovněž spáchání přestupků uvedených ve výrocih I. až III. tohoto rozhodnutí.
369. Úřad dále konstatuje, že v postupu obviněného shledal polehčující okolnost spočívající v tom, že si obviněný před zadáním veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny zpracoval studii proveditelnosti, čímž usiloval o zadání předmětné veřejné zakázky prostřednictvím ekonomicky nejvýhodnějšího řešení. Ačkoliv tedy obviněný v rámci jím zpracované studie proveditelnosti ani prostřednictvím jiných jím předložených dokumentů nezpochybnitelným způsobem neprokázal existenci konkrétních technických důvodů znemožňujících realizaci veřejné zakázky Obnova zobrazovací stěny jinou osobou, než vybraným dodavatelem Nowatron Elektronik, Úřad přihlédl ke skutečnosti, že obviněný v rámci jím zpracované studie proveditelnosti zvolil tu variantu realizace předmětu plnění dané veřejné zakázce, která byla vyhodnocena za ekonomicky nejvýhodnější řešení, pročež uvedený postup obviněného nelze považovat za ryze účelový.
370. Při stanovení konkrétní výše správního trestu Úřad zohlednil dobu, která uplynula mezi spácháním přestupku a samotným potrestáním obviněného za spáchání tohoto přestupku. V této souvislosti je nutné poukázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 123/2013-85 ze dne 9. 4. 2015, ve kterém Krajský soud uvedl, že: *„[...] hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejností a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo.“*
371. V šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku dne 16. 3. 2017, kdy obviněný uzavřel kupní smlouvu Obnova zobrazovací stěny s vybraným dodavatelem Nowatron Elektronik, z čehož vyplývá, že od spáchání přestupku již uplynuly téměř tři roky. S ohledem na výše uvedené Úřad v daném případě po zohlednění okolností, za kterých byl přestupek spáchán, dostatečně zohlednil v intencích výše uvedeného rozsudku i časové hledisko doby od spáchání přestupku a uložil pokutu v uvedené výši. Ačkoliv v šetřeném případě došlo ke spáchání přestupku před třemi lety a Úřad uložil sankci při dolní hranici zákonné sazby, nelze na uložení pokuty zcela rezignovat nebo uložit pokutu v symbolické výši, neboť stále je nutné v daném případě zohlednit skutečnost, že závažnost spáchaného přestupku je vysoká.

372. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný přestupek neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby přestupku zabránil, neboť obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
373. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit mimo jiné 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. Úřad si je vědom, že výše uvedené funkce nelze plně oddělit, přesto však po uvážení všech okolností případu a po uvážení všech argumentů zohlednil v šetřeném případě zejména preventivní charakter uložení trestu.
374. Úřad současně stanovil výši správního trestu tak, aby nedošlo k bagatelizaci následků za spáchaní přestupku, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
375. S ohledem na výše uvedené se Úřad rozhodl uložit pokutu ve výši 180 000,- Kč tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí. Vzhledem k výši horní hranice zákonné sazby, Úřad posoudil stanovenou výši pokuty za dostačující a naplňující současně preventivní i represivní charakter uložení správního trestu.
376. Při určení výše pokuty vzal Úřad v úvahu i ekonomickou situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z výroční zprávy obviněného za rok 2018 dostupné na oficiálních webových stránkách obviněného na adrese http://www.rlp.cz/spolecnost/vykonnost/vyrocnizpravy/VZ_RLP_2018_zlom_final_web.pdf vyplývá, že výsledek hospodaření po zdanění za rok 2018 dosáhl částky 296 114 000,- Kč. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační, ani za nepřiměřeně zasahující ekonomickou podstatu obviněného (a v tomto smyslu nespravedlivou).
377. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným přestupkům obviněného přistoupil k uložení pokuty, přičemž s ohledem na výše uvedené důvody uložil pokutu ve výši uvedené ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
378. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261

odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

JUDr. Josef Donát, LL.M., CIPP/E, Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

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