



UOHSX00AH8M9

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0317/2017/VZ-29169/2017/531/VNe

Brno: 9. října 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v řízení o přestupku zahájeném dne 9. 8. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obviněným při zadávání veřejné zakázky „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 1. 3. 2016, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 6. 6. 2016 pod ev. č. 639824, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 110-196568,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – **se dopustil přestupku** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k jednání ze dne 1. 3. 2016, jejíž oznámení o zadání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 6. 6. 2016 pod ev. č. 639824, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 110-196568, nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv

v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, neboť neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 - Chodov, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv jmenovaného vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce obviněného, kterým byla Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1, při uzavření „Smlouvy o systémové integraci“ ze dne 29. 6. 1992 na informační systém ADIS, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem původní smlouvy musel být vědom, přičemž uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 20. 5. 2016 s jmenovaným vybraným uchazečem „Smlouvu o dílo Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“ na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Výzvou k jednání ze dne 1. 3. 2016 (dále jen „výzva“) vyzval obviněný – Česká republika – Generální finanční ředitelství, IČO 72080043, se sídlem Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „obviněný“ nebo též „zadavatel“) – vybraného uchazeče – IBM Česká republika, spol. s r.o., IČO 14890992, se sídlem V parku 2294/4, 148 00 Praha 4 - Chodov (dále jen „vybraný uchazeč“) – k jednání s úmyslem zadat veřejnou zakázku „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), a to v souladu s § 21 odst. 1 písm. d) zákona (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 20. 5. 2016 uzavřel obviněný s vybraným uchazečem „Smlouvu o dílo Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“ na plnění veřejné zakázky (dále jen „smlouva“).
3. Oznámení o zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění uveřejnil obviněný ve Věstníku veřejných zakázek dne 6. 6. 2016 pod ev. č. 639824, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 9. 6. 2016 pod ev. č. 2016/S 110-196568.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

4. Na základě materiálů zaslaných obviněným a vlastního šetření získal Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného při zadávání šetřené veřejné zakázky, a to zda se obviněný

nedopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že porušil ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal na základě výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž takový postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky a obviněný již uzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.

5. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad z moci úřední řízení o přestupku ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. PRŮBĚH ŘÍZENÍ O PŘESTUPKU

6. Účastníkem řízení o přestupku je podle § 116 zákona obviněný.
7. Zahájení řízení o přestupku oznámil Úřad obviněnému pod č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-22940/2017/531/MHo ze dne 9. 8. 2017, v němž seznámil obviněného se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, a uvedl popis skutku, o kterém má být v řízení rozhodováno, a jeho předběžnou právní kvalifikaci.
8. Dne 9. 8. 2017, kdy bylo oznámení o zahájení řízení o přestupku obviněnému doručeno, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), zahájeno řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupku obviněným.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-22944/2017/531/MHo ze dne 9. 8. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-23584/2017/531/MHo ze dne 15. 8. 2017 Úřad s ohledem na žádost obviněného ze dne 14. 8. 2017 prodloužil obviněnému lhůtu, ve které mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-25237/2017/531/VNe ze dne 30. 8. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu k provedení úkonu, a sice k předložení smluv, popř. dodatků ke „Smlouvě o systémové integraci č. SI-ČSFR-001/2“ ze dne 29. 6. 1992 (dále jen „původní smlouva“), které obviněný uzavřel s vybraným uchazečem v mezidobí od uzavření původní smlouvy a které na původní smlouvu navazují, do doby uzavření smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-26983/2017/531/VNe ze dne 18. 9. 2017 určil Úřad obviněnému lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Obviněný se ve lhůtě určené citovaným usnesením, ani později, k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Vyjádření obviněného ze dne 24. 8. 2017

13. Obviněný se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-23584/2017/531/MHo ze dne 15. 8. 2017 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 24. 8. 2017, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
14. Obviněný sděluje, že Úřad v oznámení o zahájení řízení o přestupku uvedl, že má pochybnosti o oprávněnosti použití jednacého řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky, a to v tom smyslu, zda obviněný svým postupem „stav exkluzivity“ vybraného uchazeče sám nevyvolal. Obviněný v obecné rovině vyslovuje souhlas s názorem

Úřadu, že obcházením zákona není možné odůvodňovat použití jednacího řízení bez uveřejnění. Obviněný si nicméně není schopen rozumně vysvětlit, jak by mohlo být v jednání jeho právního předchůdce, tj. Ministerstva financí, shledáno vědomé způsobení stavu exkluzivity, když v době uzavření původní smlouvy neexistovala v českém právním řádu žádná úprava zadávání veřejných zakázek, kterou by bylo lze obcházet.

15. Obviněný má za to, že není možné současnou judikaturu týkající se zaviněného jednání zadavatelů při vytvoření stavu exkluzivity příslušným dodavatelům aplikovat na dobu, v níž pravidla pro zadávání veřejných zakázek neexistovala. Úřad by měl dle slov obviněného dospět k závěru, že po právním předchůdci obviněného nebylo možné rozumně požadovat, aby předvídal, jakým směrem se bude právní úprava zadávání veřejných zakázek vyvíjet. Obviněný v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R30/2015/VZ-38136/2016/321/OHo ze dne 19. 9. 2016.
16. Obviněný poznamenává, že judikatorní závěry stran zaviněného vytvoření stavu exkluzivity shodně předpokládají, že si zadavatel nejprve sám vytvořil určitá právní omezení, od nichž posléze odvozuje nezbytnost použití jednacího řízení bez uveřejnění. Ve zde projednávané věci je však zapotřebí brát v potaz fakt, že k vytvoření právního omezení došlo v roce 1992, čili v době, kdy oblast využívání počítačových programů pro správní postupy byla teprve na počátku svého vývoje. Předchůdce obviněného tedy nemohl reálně předvídat, jakým směrem se bude předmětná oblast ubírat, aby si mohl zajistit potřebná oprávnění ohledně možnosti zasahovat do vyvíjeného systému. Obviněný se neztotožňuje s argumentem Úřadu, že oblast vývoje software v 90. letech 20. století je možné označit za dynamické odvětví ICT. Obviněný je naopak toho názoru, že v dané době nebylo reálně predikovat, jakou rychlostí a jakým směrem se bude odvětví ICT vyvíjet, přičemž v době uzavření původní smlouvy byl vybraný uchazeč jediným dodavatelem, jenž byl schopen poptávané řešení dodat, což vyplývá i z předloženého znaleckého posudku, konkrétně ze str. 73. Obviněný nadto dodává, že v době uzavření původní smlouvy nebylo jasné, zda vůbec nadále potrvá zájem na automatizovaném systému pro správu daní, či zda bude v tomto ohledu zvolena jiná cesta.
17. Obviněný předesílá, že jeho právní předchůdce nemohl v roce 1992 očekávat, že bude v budoucnu třeba zasahovat do informačního systému, jehož vývoj byl předmětem původní smlouvy. Postup právního předchůdce obviněného odpovídal tehdejšími podmínkami, a proto jej nelze současnou optikou označovat za vytváření určitých právních omezení za účelem obcházení zákona o veřejných zakázkách. Obviněný podotýká, že i za situace, že by jeho právní předchůdce „na počátku“ mohl předpokládat potřebu rozvoje předmětného projektu, nemohl už rozumně předpokládat, že ho právní úprava a její následný výklad v poptání takového rozvoje omezí stanovením konkrétních limitujících podmínek.
18. Obviněný v dalším upozorňuje na to, že Úřadem tvrzený stav exkluzivity vybraného uchazeče nezpůsobil on sám, nýbrž jeho právní předchůdce, tzn. Ministerstvo financí, přičemž obviněný vstoupil do právních vztahů svého právního předchůdce týkajících se výkonu působnosti správy daní. Obviněný doplňuje, že k jeho vzniku došlo na základě zákona č. 199/2010 Sb., kterým se mění zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony, ve znění pozdějších předpisů, a to s účinností od 1. 1. 2011. Obviněný

současně poznamenává, že o záměru zadání posuzované veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění byla informována i Rada vlády pro informační společnost, přičemž tato ke zvolenému způsobu zadání opakovaně vyjádřila kladné stanovisko.

19. Obviněný dále konstatuje, že pokud by se měla aplikovat v současnosti uplatňovaná judikatura, podle níž nelze využít jednacích řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, jestliže exkluzivitu jediného dodavatele způsobil sám zadavatel svým předchozím jednáním, i na šetřenou veřejnou zakázku, znamenalo by to, že by obviněný nemohl dále pokračovat v užívání automatizovaného daňového informačního systému (dále jen „ADIS“), jenž vyžaduje neustálou technickou podporu a jeho urychlené přizpůsobování každé legislativní změně daňových právních předpisů. Jediným dodavatelem předmětných služeb souvisejících s provozem ADIS je přitom nepochybně vybraný uchazeč. Za situace, že nebude obviněný moci použít jednacích řízení bez uveřejnění, nemá jak s vybraným uchazečem uzavřít potřebné smlouvy a ADIS se tak pro něj stává nepoužitelným.
20. Úřadem uplatňovaný postup je dle slov obviněného na jedné straně aplikací současné výkladové praxe, na druhé straně však již nepřináší návod, jak postupovat v případě, že k vytvoření stavu exkluzivity došlo před 25 lety. Obviněný zdůrazňuje, že ADIS je prvkem 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“). Jedná se tudíž o prvek, u něhož by narušení jeho funkce mělo závažný dopad na bezpečnost státu, zabezpečení základních životních potřeb obyvatelstva, zdraví osob nebo ekonomiku státu. Obviněný konstatuje, že ADIS byl do seznamu prvků kritické infrastruktury uveden na základě usnesení vlády č. 390 ze dne 25. 5. 2015, nicméně před tímto datem byl veden coby významný informační systém podle zákona o kybernetické bezpečnosti, tj. jako systém, u něhož narušení bezpečnosti informací může omezit, popř. výrazně ohrozit, výkon působnosti orgánu veřejné moci. Obviněný upozorňuje, že ADIS zabezpečuje komplexní automatizovanou podporu všech daňových procesů potřebných pro výkon správy daní dle platné právní úpravy a taktéž analytické procesy, na základě kterých finanční správa zaměřuje a provádí kontrolní činnost. Jedná se o nástroj, který má umožnit správci daně zjistit a stanovit daň ve správné výši a jako takový by měl svou funkčností odpovídat požadavkům, jež jsou na obviněného kladeny příslušnými zákony, a to v aktuálním čase.
21. Obviněný sděluje, že pokud by nedošlo k uzavření smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku, bylo by nutné ADIS téměř okamžitě odstavit, neboť by předně nebyla zajištěna jeho řádná funkčnost s ohledem na legislativní změny či rozhodovací praxi správních soudů, resp. ústavního soudu, a rovněž by nebyla zabezpečena řádná správa informačního systému zaručující jeho provoz, a to včetně odstraňování chybových hlášení vzešlých z každodenního provozu. Mezi důsledky, které by mohly nastat, pokud by nebyla uzavřena smlouva na předmětnou veřejnou zakázku, potažmo smlouvy na navazující veřejné zakázky, obviněný řadí: nemožnost řešení havarijních stavů, snížení bezpečnosti systému, ohrožení plynulého výkonu správy daní, nezákonný postup správce daně, nemožnost dostát mezinárodním závazkům České republiky, apod. Dále by mohlo dojít ke vzniku překážky pro vyměření a následné vybrání daně do státního rozpočtu, neboť v některých případech existují elektronické podoby tiskopisů daňových přiznání, pro jejichž podání a zpracování musí být informační systém upraven do vhodné podoby. Obviněný poznamenává, že inkaso daní

představuje cca 50 % z celkových příjmů státního rozpočtu, v důsledku čehož je zachování funkčnosti ADIS zcela zásadní.

22. Obviněný zdůrazňuje, že v důsledku výše popsaných skutečností by byl výkon správy daní bez technické podpory ADIS značně omezen až vyloučen, což by ve svém důsledku mělo významný dopad na výkon činností finanční správy v oblasti správy daní. Zajištění spolehlivého provozu ADIS není dle obviněného vzhledem k jeho rozsahu a specifičnosti možné realizovat bez součinnosti věci znalého dodavatele. Jedině takový dodavatel je totiž schopen zajistit provedení potřebných změn v krátkém čase. Zásadní problém v aktualizaci ADIS spočívá v neexistenci právních předpisů v době uzavírání smluvních vztahů na ADIS, v důsledku čehož definování úloh a úprav ADIS nezřídkou musí vycházet ze znění navržených novel zákonů, aniž by tyto byly platné, jelikož jejich legislativní proces bývá často načasován tak, že jsou přijímány prakticky bez legisvakantní lhůty, přičemž se nicméně předpokládá, že finanční správa je na přijímanou změnu dostatečně připravena, byť jí k tomu není dán prostor.
23. Závěrem obviněný uvádí, že již činí konkrétní kroky směřující k vybudování informačního systému odpovídajícího moderním požadavkům a přístupům k informačním technologiím, kdy se zavedením nových institutů bude spojeno nové IT řešení, které bude představovat koncepční změnu výběru daní jako takového. V současné době připravuje obviněný projekt zahrnující analýzu stávajícího stavu a návrh nového řešení. Avšak do doby vybudování tohoto nového systému bude dle názoru obviněného nutné zabezpečit provoz a vývoj systému stávajícího, tak, aby tento splňoval veškeré funkční a legislativní požadavky.
24. Nad rámec shora popsaného Úřad pro úplnost dodává, že obviněný se k jeho postupu při zadávání předmětné veřejné zakázky vyjádřil i v rámci šetření jeho postupu Úřadem, které předcházelo zahájení řízení o přestupku, a to v jeho podání ze dne 13. 3. 2017. V předmětném podání obviněný ve své podstatě přednesl totožné argumenty, jako tomu bylo následně v jeho vyjádření ze dne 24. 8. 2017 (viz výše). Nad rámec nich obviněný v podání ze dne 13. 3. 2017 mj. konstatoval, že *„[i] když formulace smlouvy o systémové integraci (tj. původní smlouvy, pozn. Úřadu) ne zcela přesně koresponduje s dikcí autorského zákona, lze z ní dovodit, že společnost IBM (tj. vybraný uchazeč, pozn. Úřadu) svolení k postoupení majetkových práv k dílu (ADIS) na třetí osobu nepostoupila. (...) Veškerý vývoj, modifikace a jakékoli jiné akce zasahující do zdrojového kódu je oprávněn provádět pouze vykonavatel autorských práv, tj. v tomto případě společnost IBM. (...) Udělená licence tedy nezahrnuje možnost předání oprávnění třetí straně pro provedení úpravy a vytvoření odvozených děl.“*
25. Obviněný dále poukazuje na skutečnost, že judikatura (obviněný konkrétně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012) *„při posuzování oprávněnosti užití JŘBU ve specifických případech zohledňuje i ochranu investic, které zadavatel v minulosti provedl.“*. Současně obviněný dodává, že v případě užití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv rozhodovací praxe správních soudů akcentuje skutečnost, že „exkluzivitu“ stávajícího dodavatele nezpůsobil zadavatel (obviněný odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 43/2012-54 ze dne 11. 1. 2013 a rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 61/2010-332 ze dne 26. 4. 2012), přičemž *„[p]okud tedy dle původní smlouvy o systémové integraci není zadavatel původní veřejné zakázky oprávněn převést na třetí osobu právo užívat/zasahovat*

do počítačových programů dodaných v rámci systému ADIS, nabízí se argument, že taková skutečnost není objektivní, ale způsobená nastavením zadávacích (a tím i smluvních) podmínek původní veřejné zakázky. GFŘ v této souvislosti uvádí, že původním zadavatelem, a tedy subjektem, který zadávací podmínky původní veřejné zakázky a tedy i smluvní podmínky původní smlouvy o systémové integraci nastavil, bylo nikoliv GFŘ, ale MF. GFŘ následně ve vztahu k zmíněným JŘBU již nepříslušelo vyhodnocovat exkluzivitu vytvořenou MF, ale mělo povinnost vyhodnocovat, zda pokračování v zavedené variantě bude ekonomicky výhodnější než znehodnocení systému a pořízení systému znovu, přičemž vzhledem k vloženým finančním prostředkům ze strany MF byla dána, po projednání s MF, přednost variantě pokračování, neboť právě ta se jevila vzhledem ke stanoveným úkolům a z hlediska hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky jako nejvhodnější.“.

26. Obviněný rovněž podotýká, že „nastavení širší licence se v době zadávání původní veřejné zakázky nejevilo jako potřebné a potřebu budoucího zadání nových zakázek nešlo předvídat. Pokud by v takové situaci zadavatel přesto širší licence poptával, byla by cena původní veřejné zakázky nepochybně vyšší.“.
27. Na závěr obviněný v podání ze dne 13. 3. 2017 uvádí, že „[b]ude-li docházet k nahrazení současného IT řešení správy daní, které jsou v kompetenci finanční správy, vyžádá si toto mnoholetý proces a vynaložení obrovských finančních prostředků. GFŘ v tomto procesu bude postupovat v souladu s rozhodnutími vlády ČR a s ohledem na významnost systému ADIS.“.

Podání obviněného ze dne 5. 9. 2017

28. V návaznosti na usnesení č. j. ÚOHS-S0317/2017/VZ-25237/2017/531/VNe ze dne 30. 8. 2017 obdržel Úřad dne 7. 9. 2017 podání obviněného ze dne 5. 9. 2017. Přílohou předmětného podání učinil obviněný konkrétní smlouvy (k tomu v podrobnostech viz níže).

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

29. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předloženého obviněným, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se obviněný při zadávání veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, za což mu byla uložena sankce uvedená ve výroku II. tohoto rozhodnutí; veškeré podklady, z nichž při posouzení případu Úřad vycházel, jsou přitom obsaženy ve správním spise vedeném pod sp. zn. S0317/2017/VZ.

Relevantní ustanovení zákona

30. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
31. Podle § 2 odst. 2 zákona je veřejným zadavatelem
 - a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,

c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,

d) jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

32. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
33. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
34. Podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
35. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
36. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přestupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

37. Podle § 1 odst. 2 zákona č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o Finanční správě“), se jako orgány Finanční správy České republiky zřizují Generální finanční ředitelství, Odvolací finanční ředitelství a finanční úřady, které jsou správními úřady a organizačními složkami státu.
38. Podle § 1 odst. 4, věty první, zákona o Finanční správě je Generální finanční ředitelství účetní jednotkou.
39. Podle § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku České republiky“), jsou organizačními složkami státu ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd České republiky, Grantová agentura České republiky a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon (§ 51); obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu.

40. Podle § 7 odst. 1, věty první, zákona o majetku České republiky za stát právně jedná vedoucí organizační složky, již se toto právní jednání týká, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
41. 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, je-li původní v tom smyslu, že je autorovým vlastním duševním výtvořem. Databáze, která je způsobem výběru nebo uspořádáním obsahu autorovým vlastním duševním výtvořem 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. Fotografie a dílo vyjádřené postupem podobným fotografii, které jsou původní ve smyslu věty první, jsou chráněny jako dílo fotografické.
42. 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.
43. Podle § 12 odst. 4 autorského zákona je právem dílo užít
- a) právo na rozmnožování díla (§ 13 autorského zákona),
 - b) právo na rozšiřování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 14 autorského zákona),
 - c) právo na pronájem originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 15 autorského zákona),
 - d) právo na půjčování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 16 autorského zákona),
 - e) právo na vystavování originálu nebo rozmnoženiny díla (§ 17 autorského zákona),
 - f) právo na sdělování díla veřejnosti (§ 18 autorského zákona), zejména
 - 1. právo na provozování díla živě nebo ze záznamu a právo na přenos provozování díla (§ 19 a 20 autorského zákona),
 - 2. právo na vysílání díla rozhlasem či televizí (§ 21 autorského zákona),
 - 3. právo na přenos rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 22 autorského zákona),
 - 4. právo na provozování rozhlasového či televizního vysílání díla (§ 23 autorského zákona).
44. Podle § 12 odst. 5 autorského zákona se způsoby užití díla vyplývající z odstavce 4 pro účely tohoto zákona vymezují v ustanoveních § 13 až 23 autorského zákona. Dílo lze užít i jiným způsobem než způsoby uvedenými v odstavci 4.
45. Podle § 58 odst. 1 autorského zákona platí, že není-li sjednáno jinak, zaměstnavatel vykonává svým jménem a na svůj účet autora majetková práva k dílu, které autor vytvořil ke splnění svých povinností vyplývajících z pracovněprávního či služebního vztahu k zaměstnavateli nebo z pracovního vztahu mezi družstvem a jeho členem (zaměstnanecké dílo). Zaměstnavatel může právo výkonu podle tohoto odstavce postoupit třetí osobě pouze se svolením autora, ledaže se tak děje při prodeji podniku nebo jeho části.

46. Podle § 66 odst. 1 autorského zákona do práva autorského nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže
- a) rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového programu,
 - b) jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak,
 - c) zhotoví si záložní rozmnoženinu počítačového programu, je-li nezbytná pro jeho užívání,
 - d) zkoumá, studuje nebo zkouší sám nebo jím pověřená osoba funkčnost počítačového programu za účelem zjištění myšlenek a principů, na nichž je založen kterýkoli prvek počítačového programu, činí-li tak při takovém zavedení, uložení počítačového programu do paměti počítače nebo při jeho zobrazení, provozu či přenosu, k němuž je oprávněn,
 - e) rozmnožuje kód nebo překládá jeho formu při rozmnožování počítačového programu nebo při jeho překladu či jiném zpracování, úpravě či jiné změně, je-li k ní oprávněn, a to samostatně nebo prostřednictvím jím pověřené osoby, jsou-li takové rozmnožování nebo překlad nezbytné k získání informací potřebných k dosažení vzájemného funkčního propojení nezávisle vytvořeného počítačového programu s jinými počítačovými programy, jestliže informace potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení nejsou pro takové osoby dříve jinak snadno a rychle dostupné a tato činnost se omezuje na ty části počítačového programu, které jsou potřebné k dosažení vzájemného funkčního propojení.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce a z dalších podkladů

47. Obviněný, resp. jeho právní předchůdce Česká republika – Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 (dále jen „právní předchůdce obviněného“ nebo „Ministerstvo financí“), uzavřel dne 29. 6. 1992 původní smlouvu s vybraným uchazečem (při kontraktačním procesu v roce 1992 se jednalo o subjekt IBM World Trade, se sídlem Town of Mount Pleasant, Route 9 North Tarrytown, N. Y. 10591, USA, pozn. Úřadu), jejímž předmětem plnění byla dodávka a instalace ADIS.
48. Dle oddílu „DEFINICE“ v úvodní pasáži původní smlouvy *„systém ADIS (...) představuje výroby, programování, licenční programy IBM nebo třetích stran a materiály, které IBM dodává ve smyslu této smlouvy tak, jak je popsáno v Přílohách A a B, a které jsou nutné pro dokončení přejímacího testu, jak je uvedeno v článku 2 – přejímka.*
- Konfigurace systému je uvedena pouze pro plánovací účely zákazníka a může být upravena IBM tak, aby IBM mohla splnit své závazky definované v Přílohách A – Rozsah prací a C-Kritéria přejímky. V takovém případě IBM bude písemně informovat zákazníka o takovýchto změnách a tyto budou uvedeny ve formě dodatku k Příloze B – Rozsah dodávek.*
- (...)“.*
49. Z úvodu původní smlouvy vyplývá, že tato obsahuje konkrétní přílohy, mj. i Přílohu A: Rozsah prací, Přílohu B: Rozsah dodávek, a přílohu F: Vzájemně navazující smlouvy.

50. Podle čl. 1 „CELKOVÝ ROZSAH“ původní smlouvy poskytne vybraný uchazeč „návrh, vývoj testování a integrační činnosti podle rozsahu prací specifikovaném v příloze A. (...)“.
51. V příloze A „ROZSAH PRACÍ“ původní smlouvy je uvedeno následující:

„A.1 Úvod

Rozsah projektu

Úkolem je zavedení systému založeného na informačních technologiích, který by umožnil Ministerstvu financí České republiky správu a vybírání daní v České republice v roce 1993. Základem tohoto daňového systému jsou zákony přijaté Českou národní radou v roce 1992 před podpisem smlouvy, dříve přijaté a dosud platné zákony, jakož i federální zákony platné v ČR a realizované prostřednictvím územních finančních orgánů České republiky.

Projekt je plánován ve třech fázích:

Fáze 1 Infrastruktura a základní aplikační systém, dokončení plánováno do 31. ledna 1993

Fáze 2 Další vývoj programového vybavení ADIS, zavedení nových funkcí vycházejících z daňových zákonů schválených po zahájení fáze 1, doplňkové funkce základního aplikačního systému

Fáze 3 Dodatečné funkce systému po ukončení fáze 2

(...)

Tato smlouva se týká pouze Fáze 1, následuje detailní popis této Fáze 1 viz níže.

Požadavky zákazníka

Ministerstvo financí požaduje aplikační systém založený na operačním systému UNIX, který by napomáhal správě a vybírání daní ve

- 218 finančních úřadech (viz příloha D.5.B),*
- 8 finančních ředitelstvih (v Praze 2x), Českých Budějovicích, Plzni, Ústí nad Labem, Hradci Králové, Brně, Ostravě*
- 1(jednom) centrálním výpočetním středisku na Ministerstvu financí v Praze.*

Tento aplikační systém bude obsahovat následující funkce:

- 1. Převod funkcí systému dosud používaného na finančních úřadech: tento systém bude dokumentován při globální analýze Fáze 1.*
- 2. Funkce podporující správu daně z přidané hodnoty*
- 3. Funkce podporující registraci daňových poplatníků*
- 4. Konverze stávajících dat do nové databáze*

Aplikace bude navržena naprosto novým způsobem s přihlédnutím k novým možnostem technického vybavení a databázového systému

Fáze 1 projektu ADIS má tři cíle:

- 1. Instalovat novou infrastrukturu pro informační technologii*

2. *Zaškolit uživatele a techniky v obsluze nového systému*

3. *Poskytnout uživatelům programové vybavení popisované v Příloze B*

(...)“.

52. Co se týče ochrany autorských práv k předmětu plnění, které původní smlouva označuje souhrnným pojmem „materiály“, obsahovala původní smlouva níže uvedená ujednání.

53. Dle úvodního textu původní smlouvy se pod pojmem „materiály“ rozumí *„písemné práce nebo jiné autorské práce, které jsou zákazníkovi dodány, jako programy, seznamy programů, programovací nástroje, dokumentace, zprávy, výkresy a podobné práce, které jsou označeny jako materiály v Příloze B – Rozsah dodávek.*

Na tyto materiály se vztahují ustanovení článku 11 – Práva k datům.“.

54. Dle čl. 11 „PRÁVA NA DATA“, odst. 11.2, původní smlouvy bude mít obviněný *„nárok a vlastnictví autorských práv ke všem materiálům označeným v Příloze B – Rozsah dodávek, jako „materiály zákazníka“.“.*

55. Dle shora jmenovaného článku, konkrétně dle odst. 11.3, původní smlouvy si vybraný uchazeč nebo třetí strana *„ponechá vlastnictví autorských práv vůči všem materiálům, které nejsou označeny jako „materiály zákazníka“.* Avšak zákazník bude mít nárok na kopii takovýchto materiálů, které IBM dodá zákazníkovi, včetně kopií obsažených v rámci *„materiálů zákazníka“.*

Zákazník bude mít právo reprodukovat takovéto materiály a připravovat z nich odvozené produkty pro své vlastní vnitřní použití, ale nebude, bez předchozího souhlasu IBM, poskytovat jakékoliv takovéto materiály a nebo odvozené produkty a jejich kopie kterékoliv třetí straně.“.

56. V rámci oddílu B.4. „MATERIÁLY:“ přílohy B „ROZSAH DODÁVEK“ původní smlouvy je uvedeno:

„B.4.1. ADIS APLIKAČNÍ PROGRAMY VERZE 1 (materiál zákazníka)

Bude dodán zdrojový kód programového vybavení. Programové vybavení vyvinuté firmou IBM nebo jejími subdodavateli podle této smlouvy bude:

(...)“.

57. V příloze F: *Vzájemně navazující smlouvy, konkrétně v části „Vnitřní kód podléhající licenci“, původní smlouvy bylo sjednáno: „IBM vlastní autorská práva na licenci vnitřního kódu (Kód). IBM je vlastníkem všech kopií kódu, včetně těch, které z něj byly pořízeny. (...) Je-li zákazník vlastníkem správného procesoru konkrétního stroje, IBM udílí zákazníkovi licenci k používání kódu poskytnutému jako část, nebo ve spojení s konkrétním strojem. Každá licence opravňuje zákazníka:*

Provádět kód a tím umožnit konkrétnímu stroji, aby fungoval v souladu s údaji oficiálně publikovanými firmou IBM.

Pořídit si záložní archivní kopii kódu, jestliže mu taková nebyla poskytnuta firmou IBM. Zákazník smí tuto kopii použít jen jako náhradu originálu na konkrétním stroji;

a

Provádět a zobrazovat kód, pokud je to nezbytné pro údržbu u [] daného stroje.

Zákazník nesmí:

Jinak kopírovat, uzpůsobovat, zobrazovat, upravovat nebo elektronickou cestou rozšiřovat kód než jak může být oprávněn podle údajů;

Aplikovat na kód zpětné překladače jazyka ASSEMBLER nebo jiné překladače, dekodovat nebo překládat kód; nebo

Poskytovat druhotné licence, kód postupovat nebo pronajímat.“.

58. Obviněný dne 2. 3. 2016 výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění (dále jen „výzva“) ze dne 1. 3. 2016 zahájil zadávání posuzované veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
59. Důvody pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění popsal obviněný v dokumentech „Žádost o podání výzvy „Základní pozáruční servis aplikace ADIS v r. 2016“ k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění k veřejné zakázce v souladu s ustanovením § 34 odst. zákona č. 137/2006, o veřejných zakázkách“ ze dne 26. 2. 2016 (dále jen „žádost o podání výzvy“), „Záznam o průběhu a výsledku jednání v jednacím řízení bez uveřejnění“ ze dne 19. 5. 2016 (dále jen „záznam o průběhu a výsledku jednání“) a v „Písemné zprávě zadavatele“ ze dne 2. 6. 2016 (dále jen „písemná zpráva zadavatele“).
60. V žádosti o podání výzvy obviněný pod bodem b) „Odůvodnění návrhu realizace VZ“ uvedl, že „[v] současné době GFR ČR provozuje na všech úrovních Finanční správy České republiky daňový informační systém ADIS. Systém je strategickým systémem pro správu daní v České republice a je používán, cca 15 000 uživatelů finanční správy, veřejností v oblasti elektronických daňových podání, ostatními daňovými správami států EU v oblasti mezinárodní výměny informací a dalšími uživatelé ze státní správy. Informační systém ADIS významným způsobem zefektivňuje výkon správy daní zejména u prvoinstančních finančních orgánů tj. finančních úřadů, resp. územních pracovišť, sjednocuje metodiku správy daní v České republice a zvyšuje průkaznost evidence daňových příjmů veřejných rozpočtů, a to jak pro potřeby Ministerstva financí, tak i pro potřeby oprávněných příjemců uvedených finančních prostředků. Na všech úrovních orgánů finanční správy (místní, regionální i centrální) poskytuje strategické informace využitelné k operativnímu řízení, ale také pro tvorbu materiálů koncepčního charakteru.

Základní údržba aplikace ADIS je služba, která zabezpečuje činnosti v oblasti základní pozáruční údržby aplikačního programového vybavení v projektu ADIS, které bylo v průběhu let od vzniku projektu r. 1992 dodáno. Obecně základní údržba zabezpečuje trvalou funkčnost celého komplexu aplikačních programů a databází po skončení záruky.“.

Pod bodem g) „Návrh druhu zadávacího řízení , včetně odůvodnění“ žádosti o podání výzvy je dále uvedeno, že „VZ probíhá jako jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4., písm. a)

a) veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.

Firma IBM ČR, s.r.o. je dodavatelem řešení již od roku 1992 (Smlouva o systémové integraci č.j. 24/001/1992), které podléhá autorskému právu a IBM je vlastníkem majetkových autorských práv a jako systémový integrátor projektu ADIS má jednak potřebné znalosti a dovednosti, nese tímto odpovědnost po technické i aplikační stránce za IS ADIS sloužící k výběru daní v ČR.“

61. V písemné zprávě zadavatele obviněný mj. konstatoval, že „se jedná o veřejnou zakázku, která může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem, tj. dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel. V předmětné veřejné zakázce jsou naplněny dva důvody pro použití tohoto druhu řízení, a to technické důvody a důvod ochrany výhradních práv dodavatele.

Veřejná zakázka může být splněna pouze jediným dodavatelem i z důvodů ochrany výhradních práv, kdy zadavatel požaduje úpravu informačního systému, které je autorským dílem ve smyslu autorského zákona, a tato úprava předpokládá zásah do autorských práv dodavatele. Toto autorské dílo vzniklo uzavřením již původní smlouvy v roce 1992. Zadavatel nedisponuje potřebnými oprávněními (tedy právy zasahovat a měnit tento systém, které by mohl poskytnout třetí osobě), jedinou osobou, která je z hlediska ochrany výhradních práv oprávněna tuto úpravu provést, je dodavatel tohoto informačního systému.

Technické důvody lze spatřovat v tom, že zadavatel dnes využívá rozsáhlý informační systém a nyní poptává plnění (upgrade tohoto systému), jehož dodání by mělo za následek nekompatibilitu s dnes využívaným informačním systémem, pokud by bylo poskytnuto dodavatelem odlišným od toho, který mu poskytl původní plnění. Jedná se tedy o technickou neslučitelnost původního plnění (informační systému) a nově poptávaného plnění (upgrade tohoto systému), pokud by bylo poskytnuto rozdílnými dodavateli, které by mělo za následek vyvolání škodlivého stavu na straně zadavatele a nefunkčnost původního plnění. Jedinou osobou, která je z technického hlediska schopna provést poptávané plnění (upgrade), je vzhledem ke své nezastupitelné detailní znalosti daného informačního systému, dodavatel tohoto informačního systému, což je i doloženo znaleckým posudkem v oboru IT.“

62. Konkrétní důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění specifikoval obviněný rovněž v bodu 7. „Zdůvodnění, proč byl v jednacím řízení bez uveřejnění vyzván k jednání vybraný dodavatel“ záznamu o průběhu a výsledku jednání, z něhož je zřejmé, že se vybraný uchazeč podílí na rozvoji a údržbě ADIS již od roku 1992 a pro řešení rozvoje předmětného systému má vybudovány řešitelské týmy, a to i u jeho subdodavatelů, čímž je garantována návaznost na již provozované moduly. Dále obviněný v předmětné pasáži s odkazem na znalecký posudek č. 47-2015 ze dne 15. 1. 2016, vypracovaný Ing. Martinem Mlýnkem, znalcem jmenovaným rozhodnutím předsedy Krajského soudu v Brně ze dne 19. 3. 2012, č. j. Spr. 4465/2011-37, pro základní obor: kybernetika, odvětví: kybernetická odvětví různá, se specializací: technologické celky, přístrojová a automatizační technika, automatizované systémy řízení, programovatelné automaty, výrobní linky, řídicí systémy, PLC, informační systémy, výpočetní technika, HW, SW, databáze a jejich struktury, hydraulické systémy a elektronické prvky (dále jen „znalecký posudek“), uvedl, že „není z technického hlediska možné oddělení modulů systému IS ADIS, bez vazby na jádro a ostatní moduly, není možné samostatné fungování modulů, jejich správa a ani vývoj. Předmět VZ zasahuje do stávajících modulů.

Systém ADIS je vytvářen a zaváděn na MF od roku 1992. Trvale se rozvíjí. Neustále je doplňována funkcionalita podle legislativních požadavků a je zvyšována technologická úroveň se zaváděním nových technologických postupů. Jsou realizovány požadavky vyplývající z členství našeho státu v Evropské unii. Je vyvinut a rozvíjen generálním dodavatelem firmou IBM Česká republika, spol. s r. o. na základě smluv s MF. Firma IBM je vlastníkem licenčních práv a se systémem ADIS je obeznámen autorský tým firmy IBM sdružující i pracovníky dalších firem, podílejících se pod vedením IBM na vývoji.

GFŘ činilo kroky a zahájilo jednání o převodu majetkových autorských práv k systému ADIS. IBM v horizontu 3 let o převodu práv však neuvažuje.

Proto z důvodů technologické návaznosti, plynulosti rozvoje aplikace systému a z důvodu ochrany práv z průmyslového duševního vlastnictví je kvalifikované plnění předmětu výzvy realizovatelné pouze autorským týmem firmy IBM.“

63. Z bodu 2 „Úvod“, konkrétně z odstavce 2.1 „Úkoly znalce“, znaleckého posudku vyplývá, že znalci byla objednatelem tohoto posudku, tzn. obviněným, položena následující otázka: „Posudte systém ADIS z pohledu jádra a samostatných modulů a zda jednotlivé moduly jsou v technické rovině natolik odděleny, že je možné jejich samostatná funkčnost, správa a další vývoj bez vazby na zbylé moduly či jádro systému“.

64. V bodu 5 „Posudek“, konkrétně v odstavci 5.3 „Popis stavu informačního systému“, oddílu 5.3.1 „Historie systému“, znaleckého posudku znalec popisuje vývoj a stav systému ADIS, který „je budován od roku 1992 a díky legislativě (zde je nutné dělat změny každý rok minimálně jednou) a také potřebu lepších kontrol, vazeb a potřeb státu provádět a vyvíjet další úkoly je nutné neustále měnit. Toto není práce jednoduchá a hlavně nemožné dělat odděleně bez dalších vazeb na další moduly, kontroly, úkoly, atd. (...)

Tento systém byl několikrát přebudováván jak po stránce HW tak hlavně po stránce SW a poslední obrovská rekonfigurace a změna systému práce, HW, úložišť a dalších se dá říct, že skončila 7/2015. Tímto, ale vznikl ucelený a konečně jednotný systém přístupů, organizace serverů, dat, s jednotnou kontrolou všech uživatelů (...) HW, systémů řízení bází dat, číselníků, archivací dat, zabezpečení HW i dat, atd., jedním slovem všeho.

(...).“

65. V bodu 8 „Závěr“, odstavci 8.1 „Odpovědi na otázky“, konkrétně v oddílu 8.1.1 „Otázka 01“, znaleckého posudku znalec „prohlašuje, že:

- *na základě, předané dokumentace, místního šetření a analýz, **oddělení modulů systému IS ADIS z technického hlediska NENÍ MOŽNÉ***
- *bez vazby na jádro a ostatní moduly **NENÍ MOŽNÉ** samostatné fungování modulů, jejich správa a ani vývoj“.*

66. Na základě provedeného jednacího řízení bez uveřejnění uzavřel obviněný s vybraným uchazečem dne 20. 5. 2016 smlouvu na realizaci veřejné zakázky.

67. Podle čl. 2 „Předmět smlouvy“ smlouvy je jejím předmětem „základní údržba aplikace ADIS, která zabezpečuje činnosti a odborné služby v oblasti základní pozáruční údržby aplikačního programového vybavení v projektu ADIS, které je provozováno jako součást aktuální verze ADIS k datu podpisu této Smlouvy a bylo dodáno v posledních 3 letech před podpisem této

Smlouvy a nevztahuje se na ně již příslušná záruka. V rámci základní údržby je požadováno zabezpečení trvalé funkčnosti komplexu aplikačních programů a databází po skončení záruky, které byly dodány v posledních 3 letech před podpisem této Smlouvy.“

68. Celková cena za splnění posuzované veřejné zakázky byla v čl. 3 „Cena a platební podmínky“, konkrétně v odst. 3.1 „Cena“, bodu 1., smlouvy sjednána na částku 33 294 389,- Kč bez DPH, tj. 40 286 210, 68 Kč s DPH.
69. Úřad má dále k dispozici konkrétní smlouvy uzavřené v posledních 4 letech mezi obviněným a vybraným uchazečem týkající se ADIS (dále jen „dílčí smlouvy“). Jedná se, mimo jiné, o následující dílčí smlouvy:
- 1) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačního modulu IS ADIS pro poskytování Web služby nad veřejným registrem plátců DPH podle novely zákona č.235/2004 sb., o dani z přidané hodnoty platné od 1. 1. 2013““, č. smlouvy CEP005P, uzavřená dne 11. 3. 2013.
 - 2) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „ADIS-Zajištění aplikačního modulu IS ADIS pro 2. fázi úprav podle zákona č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky““, č. smlouvy CEP009P, uzavřená dne 26. 6. 2013.
 - 3) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „ADIS - Zajištění aplikačního modulu IS ADIS pro zavedení systému M1SS““, č. smlouvy CEP012P, uzavřená dne 27. 9. 2013.
 - 4) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačních modulů IS ADIS - zavedení legislativních a procesních změn I.““, č. smlouvy CEP013P, uzavřená dne 27. 11. 2013.
 - 5) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačních modulů IS ADIS - zavedení legislativních a procesních změn II.““, č. smlouvy CEP014P, uzavřená dne 27. 11. 2013.
 - 6) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačních modulů IS ADIS - zavedení legislativních a procesních změn III.““, č. smlouvy CEP022P, uzavřená dne 20. 12. 2013.
 - 7) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačních modulů IS ADIS - zavedení legislativních a procesních změn““, č. smlouvy CEQ007P, uzavřená dne 8. 10. 2014.
 - 8) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačního modulu IS ADIS pro zavedení systému FATCA““, č. smlouvy CEQ009P, uzavřená dne 28. 11. 2014.
 - 9) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačního modulu ADIS pro zavedení platby daně on-line““, č. smlouvy CEQ021N, uzavřená dne 18. 12. 2014.
 - 10) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačního modulu IS ADIS pro zpracování kontrolních hlášení DPH““, č. smlouvy CER004P, uzavřená dne 15. 7. 2015.
 - 11) Smlouva o dílo „Vývoj aplikace „ADIS – Legislativní a procesní změny v roce 2015 a 2016““, č. smlouvy CER007P, uzavřená dne 30. 9. 2015.
 - 12) Smlouva o dílo „Základní pozáruční servis aplikace ADIS na rok 2013“, č. smlouvy CEP001N, uzavřená dne 14. 2. 2013.
 - 13) Smlouva o dílo „Základní pozáruční servis aplikace ADIS na rok 2014“, č. smlouvy CEQ001N, uzavřená dne 26. 2. 2014.

14) Smlouva o dílo „Základní pozáruční servis aplikace ADIS na rok 2015“, č. smlouvy CER002N, uzavřená dne 24. 3. 2015.

70. Z předložených dílčích smluv uvedených v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí vyplývá, že jejich předmětem bylo: vytvořit a dodat obviněnému úpravy aplikačního programového vybavení a dodat nové aplikační programové vybavení, které tvoří součást ADIS, a to konkrétně vytvořit aplikační modul ADIS pro poskytování Web služby nad veřejným registrem plátců DPH podle novely zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty účinné od 1. 1. 2013 [smlouva uvedená v bodu 1)], vytvořit aplikační modul ADIS pro realizaci 2. fáze úprav podle zákona č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky [smlouva uvedená v bodu 2)], vytvořit aplikační modul ADIS pro zavedení systému pro zvláštní režim pro telekomunikační služby, služby rozhlasového a televizního vysílání nebo elektronické služby poskytnuté osobou povinnou k dani usazenou ve Společenství, avšak nikoli v členském státě spotřeby (Mini One-Step Shop) [smlouva uvedená v bodu 3)], vytvořit aplikační modul ADIS pro realizaci I. fáze jednoho inkasního místa a harmonizace základů daní z příjmů a veřejných pojistných [smlouva uvedená v bodu 4)], upravit aplikační programové vybavení v souvislosti s fungováním 2. pilíře důchodové reformy [smlouva uvedená v bodu 5)], vývoj aplikačního programového vybavení pro aplikační modul IS ADIS pro realizaci změn vyplývajících ze změn daňových zákonů v souvislosti s rekodifikací soukromého práva a změn některých zákonů, z nového zákona o dani z nabytí nemovité věci a z procesních změn [smlouva uvedená v bodu 6)], vývoj aplikačního programového vybavení pro aplikační modul IS ADIS pro realizaci změn vyplývajících z rekodifikace soukromého práva, změn v daňových zákonech, a z procesních a organizačních změn [smlouva uvedená v bodu 7)], vývoj aplikačního programového vybavení pro aplikační modul IS ADIS pro realizaci změn vyplývajících ze zákona o výměně informací o účtech s jinými státy pro účely správy daní (systém FATCA) [smlouva uvedená v bodu 8)], vývoj aplikačního programového vybavení pro aplikační modul IS ADIS pro zajištění využívání QR kódu na vybraných formulářích daňových přiznání [smlouva uvedená v bodu 9)], vývoj aplikačního programového vybavení pro aplikační modul IS ADIS pro zpracování kontrolního hlášení DPH podle zákona č. 360/2014 Sb. změna zákona o dani z přidané hodnoty, který novelizuje zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, jehož účinnost nastává od 1. 1. 2016 [smlouva uvedená v bodu 10)], vývoj aplikačního programového vybavení – úprava informačního systému Finanční správy na základě legislativních a procesních změn v roce 2015 a 2016 [smlouva uvedená v bodu 11)], zajistit základní údržbu aplikace ADIS [smlouvy uvedené v bodu 12) až 14)].

71. Ustanovení smluv specifikovaných v bodě 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí, týkající se licenčních ujednání a autorských práv, jsou vymezena následovně:

„Práva na produkty nemateriální povahy

1. Zhotovitel (tj. vybraný uchazeč, pozn. Úřadu) uvede, jaké Materiály (Materiály ve smyslu definice uvedené v článku 1 Obecné definice) budou dodány Objednateli (tj. obviněnému, pozn. Úřadu), a označí tyto Materiály jako Materiály typu I, Materiály typu II či jiným způsobem, který si smluvní strany dohodnou. Pokud nebudou Materiály tímto způsobem označeny, má se za to, že se jedná o Materiály typu II.

2. Materiály typu I jsou Materiály, které byly vytvořené Objednatelem v období provádění služeb a/nebo náležející Objednateli (...), kde Objednateli náleží veškerá práva autorským zákonem udělená. (...).

3. Materiály typu II jsou Materiály, které byly vytvořené v období provádění služeb či jindy (např. ty, které vznikly již před obdobím poskytování služeb) a jsou vlastnictvím Zhotovitele nebo třetí strany a Zhotovitel či třetí strana k nim má všechna autorská práva (včetně vlastnictví copyrightu). Zhotovitel dodá jednu kopii tohoto Materiálu Objednateli. Zhotovitel tímto uděluje Objednateli neodvolatelnou, časově neomezenou, nevýhradní, celosvětovou, vyplacenou licenci používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie tohoto Materiálu typu II. (...).“

72. Z čl. 1 „Obecné definice“ dílčích smluv pak, mimo jiné, vyplývá, že „Pod pojmem „Materiály“ se rozumí díla, jež jsou předmětem autorských práv (jako jsou počítačové programy, výpisy zdrojového kódu, programovací nástroje, dokumentace, reporty, nákresy apod.), jež může Zhotovitel dodat Objednateli jako součást služby. Na tyto materiály se vztahují ustanovení článku (...) Práva na produkty nemateriální povahy této Smlouvy. (...).“

K postavení obviněného jako zadavatele podle zákona

73. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 2 odst. 1 zákona, tedy zda je vůbec zadavatel (obviněný) zadavatelem veřejné zakázky ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona. Ustanovení § 2 odst. 2 zákona taxativně vymezuje čtyři skupiny subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 2 odst. 2 písm. a) zákona Česká republika.
74. Podle § 7 odst. 1, věty první, zákona o majetku České republiky za stát právně jedná vedoucí organizační složky, již se toto právní jednání týká, pokud zvláštní právní předpis nebo tento zákon (§ 28 odst. 2) nestanoví jinak.
75. Z dikce ustanovení § 7 odst. 1 zákona o majetku České republiky tudíž vyplývá, že za Českou republiku, coby veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona, jedná, a tedy i veřejné zakázky zadávají, jednotlivé organizační složky státu.
76. Na internetových stránkách obviněného (<http://www.financnisprava.cz/cs/financni-sprava/financni-sprava-cr/kompetence-a-cinnosti-fs>) je mj. uvedeno: „Generální finanční ředitelství, Odvolací finanční ředitelství a finanční úřady mají postavení správních úřadů, jsou tedy oprávněny jménem státu vykonávat vrchnostenskou správu v oblasti své působnosti. Postavení tzv. účetní jednotky má s účinností od 1. ledna 2011 Generální finanční ředitelství a je tedy oprávněno samostatně hospodařit s majetkem státu, a to rovněž za podřízené Odvolací finanční ředitelství a finanční úřady, které mají pro účely hospodaření s majetkem státu postavení jeho vnitřních organizačních jednotek.“. Obdobně § 1 odst. 2 zákona o Finanční správě stanoví, že Generální finanční ředitelství je organizační složkou státu.
77. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tudíž tuto část odůvodnění uzavírá s konstatováním, že obviněný, tj. Generální finanční ředitelství, jakožto organizační složka státu, tedy organizační složka České republiky, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. a) zákona. Osoba „zadavatele veřejné zakázky“ je tak v šetřeném případě bez nejmenších pochyb dána.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

78. Úřad v obecné rovině uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, v němž byla šetřená veřejná zakázka zadána, je výjimečný způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zakázka sice zadávána v režimu podle zákona, ale vzhledem k povaze tohoto řízení je hospodářská soutěž fakticky zcela vyloučena; vyloučen je tak ten aspekt zadávacího řízení, jenž má zajistit ekonomickou výhodnost pořízení předmětu plnění veřejné zakázky a rovněž omezit jakékoli nezákonné či korupční jednání. Současně je tento druh zadávacího řízení postupem podle zákona nejméně formalizovaným a kontrolovatelným.
79. Jednací řízení bez uveřejnění by tedy mělo být skutečně krajním řešením tam, kde není jinak možné zajistit plnění požadované zadavatelem, a v žádném případě by nemělo docházet k jeho nadužívání. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze uskutečnit pouze v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není, resp. by nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, typicky v otevřeném řízení. V totožném duchu se vyjádřil v rozsudku ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012 i Nejvyšší správní soud, když uvedl, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je *„[m]ožné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 zákona.“*. Otázku splnění podmínek pro zadání v jednacím řízení bez uveřejnění je proto v souladu s ustálenou soudně rozhodovací praxí nezbytné posuzovat restriktivně, což vyplývá např. z rozsudku Nejvyššího správního soudu, sp. zn.: 1 Afs 23/2012 ze dne 20. 11. 2012 nebo z rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn.: 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015.
80. Jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona tedy lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv využít pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a **není důsledkem vlastní činnosti zadavatele** (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad konstatuje, že zadavatel musí při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky (na základě které pořizuje určité plnění) 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).
81. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že s ohledem na judikaturu Nejvyššího správního soudu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013) je třeba od tohoto zaviněného vytvoření stavu exkluzivity odlišovat situaci, kdy zadavatel budoucí plnění předpokládat nemohl a uzavřel smlouvu zakládající exkluzivitu jednoho dodavatele, tj. situaci, kdy by uzavření smlouvy v jiném znění, tj. např. při požadavcích na širší licenční oprávnění, bylo dle aktuálně dostupných vědomostí zadavatele nevhodné (přičemž až následně vyplýne, že uzavření smlouvy zakládající exkluzivitu bylo, vzhledem ke vzniku

potřeby zadat následné plnění, řešením „nešikovným“); zásadní rozdíl je v tom, že vzniklý stav není zadavatelem zaviněný.

82. K právě uvedenému Úřad odkazuje především na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2013 sp. zn. 5 Afs 42/2012, ve kterém soud jednoznačně uvedl, že „[j]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 nastatou situaci dostupnými právními prostředky změnit“. Pokud pak Nejvyšší správní soud v témže rozsudku uvedl, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, „zda postup zadavatele je skutečně zaviněný či pouze nešikovný“, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, odkazuje Úřad na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015 sp. zn. 62 Af 112/2013, podle kterého „citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek.“.
83. 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.“. Daná směrnice výstižně ilustruje názorovou ustálenost stran omezené použitelnosti jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání konkrétní veřejné zakázky.
84. Je tak zřejmé, že použít jednací řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě technických důvodů či důvodu ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa nebo náhrada a dále jestliže neexistence soutěže není výsledkem umělého zúžení parametrů veřejné zakázky, tedy pokud se zadavatel svým vlastním jednáním nedostal do situace, kdy musel veřejnou zakázku zadat konkrétnímu dodavateli, protože si svým předchozím jednáním vytvořil podmínky, které umožňovaly zadání zakázky pouze určitému dodavateli.

85. Z pohledu posouzení postupu obviněného v případě šetřené veřejné zakázky je tedy s ohledem na výše uvedené nutné posoudit jednak naplnění „formální“ stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. zda byly dány objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení (autorskoprávní či technické), je však nutné posoudit rovněž „materiální“ podmínku pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, a to zda obviněný stav výlučnosti vybraného uchazeče sám nevytvořil.
86. Z dokumentace o veřejné zakázce a další dokumentace předložené obviněným vyplývá, že předmět plnění šetřené veřejné zakázky spočívá v základní údržbě systému ADIS, který byl vytvořen a dodán obviněnému na základě původní smlouvy z roku 1992, přičemž v průběhu následujících let byl jednotlivými smlouvami postupně rozšiřován a modifikován, tak, aby vyhověl novým požadavkům kladeným na finanční správu při výběru daní, kontrolních činnostech a dalších činnostech svěřených jí příslušnými právními předpisy. Příkladem lze uvést, že v roce 2013 byl jmenovaný systém doplněn např. o modul pro poskytování Web služby nad veřejným registrem plátců DPH podle novely zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty účinné od 1. 1. 2013, či o modul pro realizaci 2. fáze úprav podle zákona č. 456/2011 Sb., o Finanční správě České republiky.
87. Úřad na tomto místě poznamenává, že o použití příslušného druhu zadávacího řízení vždy rozhoduje zadavatel, jenž za způsob zadání veřejné zakázky současně nese výlučnou odpovědnost. Z dokumentů, které jsou součástí dokumentace o veřejné zakázce, a to konkrétně především z písemné zprávy zadavatele, vyplývá, že jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona obviněný pro zadání šetřené veřejné zakázky zvolil z technických důvodů, jakož i z důvodu ochrany výhradních autorských práv vybraného uchazeče (viz bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
88. S ohledem na argumentaci obviněného týkající se oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky se Úřad nejprve zabýval posouzením naplnění formální stránky jednacího řízení bez uveřejnění, tj. posouzením, zda byly skutečně dány objektivní důvody (autorskoprávní či technické) pro použití tohoto druhu zadávacího řízení.
89. Úřad uvádí, že aplikace ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možná pouze v tom případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Je na zadavateli, aby v rámci případného přezkumu jeho postupu ze strany Úřadu prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. Pouze tak může zadavatel naplnit požadavek na přezkoumatelnost jeho postupu v zadávacím řízení, který plyne ze zásady transparentnosti stanovené v ust. § 6 odst. 1 zákona (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 14. 5. 2007 ve věci č. j. 31 Ca 166/2005 či rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 5. 2008, sp. zn. 5 Afs 131/2007).
90. Z výše uvedeného tudíž vyplývá, že prokázání důvodů použití jednacího řízení bez uveřejnění je plně na zadavateli, jenž by měl být schopen objektivní důvody pro použití tohoto druhu zadávacího řízení doložit již před zahájením zadávacího řízení (k tomu srov. např. závěry vyplývající z rozsudků Soudního dvora Evropské unie ze dne 10. 3. 1987, C-199/85 *Komise Evropských společenství proti Italské republice*, či z rozsudku ze dne 28. 3. 1996, C-318/94 *Komise Evropských společenství proti Spolkové republice Německo*) a tyto důvody by měly trvat po celou dobu trvání jednání s dodavateli. V této souvislosti je rovněž možné odkázat

na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004, v němž Soudní dvůr konstatoval, že ustanovení o možném použití jednacích řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (...)*“ (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku). Z této premisy dále vychází i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacích řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacích řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ‚otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ (...). Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednacích řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ‚odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, **přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).** (...) Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacích řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné.*“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem). Úřad v této souvislosti v dalším odkazuje na rozsudky Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015 a sp. zn. 62 Af 93/2015 ze dne 1. 6. 2017 a na rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, v němž bylo explicitně uvedeno, že „*smyslem daného řízení (pozn. – tj. řízení vedeného před Úřadem ve věci oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění příslušným zadavatelem) bylo posouzení toho, zda stěžovatel prokázal, že naplnil podmínky pro využití jednacích řízení bez uveřejnění.*“ (pozn. – zvýraznění textu provedeno Úřadem).

91. Ze shora řečeného je tak zřejmé, že důkazní břemeno leží v šetřeném případě zcela na obviněném, jehož povinností je, aby doložil, že pro zadání předmětné veřejné zakázky formou jednacích řízení bez uveřejnění byly prokazatelně splněny všechny podmínky předvídané v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, a že tedy předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacím řízením bez uveřejnění z podstaty transparentnější. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě přestupků leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na obviněném. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, resp. obviněný, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.
92. Úřad se tak v posuzované věci zabýval otázkou, zda obviněný unesl důkazní břemeno a prokázal, že zadání veřejné zakázky prostřednictvím jednacích řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona bylo v souladu se zákonem. Pro úplnost Úřad doplňuje, že z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 78/2013-148 ze dne 21. 12. 2015 vyplývá, že obviněný je povinen svá tvrzení o nemožnosti splnit předmět veřejné zakázky třetí osobu z technických důvodů relevantním způsobem doložit. Úřad pak při posouzení dané věci

dospěl k závěru, že obviněný důkazní břemeno neunesl. Ke svému závěru uvádí Úřad následující.

93. Ve vztahu k existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění lze za stěžejní dokumenty považovat písemnou zprávu zadavatele, záznam o průběhu a výsledku jednání a znalecký posudek. Obviněný činí závěry o technických důvodech především v dokumentu záznam o průběhu a výsledku jednání, kde v bodu 7. „Zdůvodnění, proč byl v jednacím řízení bez uveřejnění vyzván k jednání vybraný dodavatel“, mimo jiné, uvádí, že *„Pracovníci dodavatele mají již značnou erudici a to nejenom v oblasti analytické a programátorské, ale i v oblasti věcné. (...) není z technického hlediska možné oddělení modulů systému IS ADIS, bez vazby na jádro a ostatní moduly, není možné samostatné fungování modulů, jejich správa a ani vývoj. Předmět VZ zasahuje do stávajících modulů. (...)“*. Dále je v tomtéž bodu jmenovaného dokumentu uvedeno následující: *„Je vyvinut a rozvíjen (hovoří se o ADIS, pozn. Úřadu) generálním dodavatelem firmou IBM Česká republika, spol. s r.o. na základě smluv s MF. Firma IBM je vlastníkem licenčních práv a se systémem ADIS je obeznámen autorský tým firmy IBM sdružující i pracovníky dalších firem, podílejících se pod vedením IBM na vývoji.“*

(...)

Proto z důvodu technologické návaznosti, plynulosti rozvoje aplikace systému a z důvodu ochrany práv z průmyslového duševního vlastnictví je kvalifikované plnění předmětu výzvy realizovatelné pouze autorským týmem firmy IBM.“ Při formulaci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění obviněný vychází ze znaleckého posudku, v němž jsou v bodu 8 „Závěr“, odstavci 8.1 „Odpovědi na otázky“, konkrétně v oddílu 8.1.1 „Otázka 01“, uvedeny dva závěry, a to, že *„na základě, předané dokumentace, místního šetření a analýz, oddělení modulů systému IS ADIS z technického hlediska NENÍ MOŽNÉ“* a že *„bez vazby na jádro a ostatní moduly NENÍ MOŽNÉ samostatné fungování modulů, jejich správa a ani vývoj.“* Popis technických důvodů dále obsahuje písemná zpráva zadavatele, v níž jsou tyto specifikovány následovně: *„Technické důvody lze spatřovat v tom, že zadavatel dnes využívá rozsáhlý informační systém a nyní poptává plnění (upgrade tohoto systému), jehož dodání by mělo za následek nekompatibilitu s dnes využívaným informačním systémem, pokud by bylo poskytnuto dodavatelem odlišným od toho, který mu poskytl původní plnění. (...) Jedinou osobou, která je z technického hlediska schopna provést poptávané plnění (upgrade), je vzhledem ke své nezastupitelné detailní znalosti daného informačního systému, dodavatel tohoto informačního systému, (...)“*.

94. Z předchozího bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí je z pohledu Úřadu možné dovodit, že znalecký posudek, na který se obviněný při formulaci svých závěrů odvolává v dokumentu záznam o průběhu a výsledku jednání, neobsahuje odpověď na otázku, zda předmět plnění posuzované veřejné zakázky mohl z technických důvodů plnit skutečně pouze vybraný uchazeč. Znalec totiž odpovídá toliko na otázku, jež mu byla obviněným položena, resp. jejíž posouzení a zodpovězení tvořilo předmět znaleckého posudku (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a sice zda jsou jádro ADIS a jeho jednotlivé moduly natolik odděleny, že je reálná jejich samostatná funkčnost, správa a další vývoj, a to bez vazby na zbylé moduly, popř. jádro daného systému. Odpověď znalce, resp. závěr znaleckého posudku je v tomto směru jednoznačný, když z něj vyplývá, že oddělení modulů ADIS není z technického hlediska možné, jakož není možné ani samostatné fungování těchto modulů, jejich správa,

popř. vývoj. Úřad však v této souvislosti akcentuje, že předmětem plnění veřejné zakázky je zajištění základní údržby (servisu) aplikace ADIS **jako celku**. Nejedná se tedy o údržbu jednoho konkrétního modulu, potažmo více modulů, z nichž ADIS sestává. Současně v rámci plnění veřejné zakázky nedojde k jakémukoliv oddělení některého z modulů ADIS od jeho jádra, který by tímto „žil svým životem“. Úřad nijak nezpochybňuje závěry znaleckého posudku, nicméně s odkazem na výše řečené má za prokázané, že tyto závěry nelze pokládat za technické důvody, jež by umožňovaly zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. To, že oddělení modulů ADIS není možné, stejně tak ani není možné jejich samostatné fungování, lze eventuálně připustit, avšak tento fakt je pro rozhodnutí věci irelevantní. Podstatná je totiž skutečnost, že ze znaleckého posudku nijak nevyplývá, že by bylo z technického hlediska z povahy věci a priori vyloučeno, aby údržbu **kompletního** systému ADIS pro rok 2016, což bylo předmětem veřejné zakázky, mohl provádět dodavatel odlišný od vybraného uchazeče.

95. Úřadem bylo ze znaleckého posudku zjištěno, že „modul“ představuje, zjednodušeně řečeno, určitý samostatný soubor požadavků, procesů a funkcionalit. Jedná se např. o modul pro zpracování přiznání jednotlivých daní, systémové moduly, apod. Úřad uvádí, že cílem znaleckého posudku bylo zjistit, zda tyto moduly mohou fungovat samostatně, tj. nezávisle na jiných modulech, resp. na samotném jádru ADIS. Jestliže výstupem znaleckého posudku je konstatování, že dané moduly samostatně fungovat nemohou, jakož nemohou být samostatně ani spravovány a vyvíjeny, neznamená to bez dalšího, že by údržbu systému ADIS, čili jeho jádra a jednotlivých modulů v jejich „souhrnu“, musel zabezpečovat výhradně vybraný uchazeč. Úřad má za to, že závěry znaleckého posudku se „nekryjí“ s předmětem veřejné zakázky, resp. na tento předmět „nemíří“. Jinými slovy to, že jednotlivé moduly ADIS nejsou oddělitelné, ekvivalentně značí, že údržbu ADIS jako celku musí provádět pouze vybraný uchazeč. Neuplatní se tedy rozhodně argument a *minor ad maius* v podobě, že pokud není možné oddělit jednotlivé moduly, není současně možné provádět ani údržbu těchto modulů v jejich „souhrnu“. Takový závěr je značně zjednodušující a nadto nenachází ve znaleckém posudku oporu. Dle názoru Úřadu tedy nejsou závěry plynoucí ze znaleckého posudku na zde projednávanou věc aplikovatelné, resp. není z nich možné dovozovat, že z technických důvodů nemohl posuzovanou veřejnou zakázku plnit nikdo jiný než vybraný uchazeč. Úřad podrobil znalecký posudek pečlivému přezkumu, přičemž dospěl k závěru, že na základě něj není možné odvozovat existenci technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, jak to činí obviněný. Pokud obviněný závěry znaleckého posudku interpretoval v tom duchu, že ospravedlňují užití jednacím řízení bez uveřejnění, činil tak mylně. Úřad tudíž shrnuje, že prostřednictvím znaleckého posudku obviněný neprokázal, že by z technických důvodů musela být předmětná veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
96. Úřad podrobil závěry znaleckého posudku svému zkoumání a hodnocení, a to v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, přičemž dospěl k závěru, že předložený znalecký posudek nepodává odpověď na otázku ohledně existence jediného možného dodavatele poptávaného plnění, přičemž takovéto posouzení ani nebylo předmětem znaleckého posudku (viz předchozí body odůvodnění tohoto rozhodnutí).
97. V předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí bylo Úřadem dovozeno a postaveno najisto, že znalecký posudek je v tomto případě z hlediska objektivní existence technických

důvodů irelevantní, tzn. nelze na základě něj odvozovat oprávněnost zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, a to z toho důvodu, že znalecký posudek se nikterak nevyjadřoval k možnému postupu obviněného ve smyslu ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, resp. k možnému zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění z technických důvodů vybranému uchazeči; úkolem znalce bylo posouzení oddělitelnosti jednotlivých modulů ADIS. Jestliže tak bude ponechán znalecký posudek již stranou, pak je možné konstatovat, že obviněný žádný další konkrétní dokument, jenž by prokazoval existenci technických důvodů, Úřadu nepředložil, přičemž takový dokument není ani součástí dokumentace o veřejné zakázce. Úřad poznamenává, že obviněný technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění toliko tvrdí (kdy tak činí především v žádosti o podání výzvy, písemné zprávě zadavatele a v záznamu o průběhu a výsledku jednání – viz body 60. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), aniž by je však podpořil konkrétními relevantními podklady a materiály. Lépe řečeno obviněný ve shora jmenovaných dokumentech odkazuje na znalecký posudek, jehož závěry však byly Úřadem z hlediska prokázání technických důvodů označeny za bezpředmětné.

98. Úřad na tomto místě akcentuje, že zadavatel musí v řízení před Úřadem prokázat, že **z hlediska technického** opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Úřad uvádí, že povinnost zjištění skutkového stavu věci Úřadem se s ohledem na přenos důkazního břemene v souvislosti s doložením naplnění podmínek opravňujících použití jednacím řízení bez uveřejnění (viz bod 91. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vztahuje pouze na zjištění, zda zadavatel toto důkazní břemeno unesl. Je tedy povinností příslušného zadavatele, aby svůj postup spočívající v zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona byl schopen nejen odůvodnit, ale taktéž své závěry o existenci důvodů ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona doložit relevantními podklady. Úřad tedy v žádném případě nerezignuje na svoji povinnost zjistit úplný skutkový stav věci, avšak nemůže za zadavatele povinnost ohledně doložení existence objektivních důvodů k použití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona suplovat. Úřad má tudíž ve zde projednávané věci povinnost posoudit, zda obviněný unesl důkazní břemeno, čili zda prokázal naplnění důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.
99. Pokud jde o způsob prokázání existence technických důvodů pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, pak Úřad odkazuje na již výše zmíněný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 3 As 18/2015 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém soud v této souvislosti uvedl, že *„považuje dále za vhodné akcentovat úvahu krajského soudu zmíněnou v úvodní části odůvodnění napadeného rozsudku, se kterou se ztotožňuje, podle níž relevantním podkladem k prokázání důvodů pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ mohou být toliko listiny obsahující odborné technické hodnocení (...)“* a též na své pravomocné rozhodnutí č. j. S0823/2014/VZ-44764/2016/512/VNv ze dne 4. 11. 2016. Ze shora popsaného je tedy evidentní, že zadavatel, pokud zadání konkrétní veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona odůvodňuje i existencí technických důvodů, pak musí být v rámci řízení vedeného Úřadem schopen tyto jím tvrzené důvody nejen specifikovat, nýbrž i podložit relevantními materiály, z nichž bude bez dalšího zřejmé (a zpětně přezkoumatelné), že tyto technické důvody mají své opodstatnění, tzn. že vychází z reálného skutkového stavu. Úřad zdůrazňuje, že v žádném případě nemůže obstat, a z hlediska „unesení“ důkazního břemene být dostačující, pouhá konstatace zadavatele, že

zde technické důvody byly dány. Nepostačuje tudíž pouze to, že zadavatel určité technické důvody tvrdí (proklamuje), aniž by je „opřel“ o reálný základ.

100. K výše řečenému Úřad opětovně sděluje, že obviněný nepředložil žádné listiny (kromě znaleckého posudku), které by obsahovaly odbornou technickou analýzu týkající se nemožnosti plnění veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, a neprokázal tedy, že veřejnou zakázku mohl z technického hlediska realizovat opravdu výhradně vybraný uchazeč.
101. Úřad na tomto místě opětovně poznamenává, že zadavatel, resp. obviněný, musí v řízení před Úřadem prokázat, že z **hlediska technického** opravdu **neexistoval** v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky. Pokud tedy obviněný v žádosti o podání výzvy uvádí, že vybraný uchazeč má o systému ADIS potřebné znalosti a disponuje patřičnými dovednostmi, přičemž za daný systém nese odpovědnost (viz bod 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neznamená to automaticky, že by musela být veřejná zakázka realizována výlučně vybraným uchazečem. Předmětné tvrzení maximálně vypovídá o tom, že vybraný uchazeč je se systémem ADIS do značné míry obeznámen (to však není s podivem, když pro obviněného „spravuje“ tento systém již od jeho vytvoření v roce 1992), což nicméně neznačí, že by musel předmětnou veřejnou zakázku plnit výhradně on. Obviněný dále technický důvod spatřuje v tom, že pokud by byla veřejná zakázka zadána jinému dodavateli než vybranému uchazeči, mělo by to za následek nekompatibilitu s původním plněním (viz bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad podotýká, že předmět plnění šetřené veřejné zakázky spočívá v poskytování základní pozáruční údržby systému ADIS. Dle přesvědčení Úřadu tedy v žádném případě neměl být v rámci plnění veřejné zakázky shora jmenovaný systém „vylepšován“, tj. vyvíjen, rozšiřován a doplňován o další funkcionality. Tomu ostatně odpovídá i vymezení předmětu plnění specifikované např. v příloze A k uzavřené smlouvě (blíže viz čl. 2 přílohy A). Úřadu tedy není zřejmé, jak by mohla obviněným tvrzená nekompatibilita nastat, když úkolem vítězného dodavatele, laicky řečeno, bylo udržovat systém ADIS v chodu, zajistit jeho provozuschopnost a funkčnost. Vzhledem k právě řečenému tudíž nemůže obstát ani argument obviněného, že předmět plnění veřejné zakázky spočíval v upgrade systému ADIS a že tento upgrade je neslučitelný s původním plněním (viz opětovně bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z obdobné příčiny je liché i tvrzení obviněného, že z důvodu technologické návaznosti a plynulosti rozvoje ADIS byl předmět veřejné zakázky realizovatelný pouze vybraným uchazečem (viz bod 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad znovu upozorňuje, že systém ADIS neměl být vítězným dodavatelem nikterak „plynule rozvíjen“, nýbrž měl být „pouze“ udržován v permanentní provozuschopnosti, jak je ostatně zřejmé i ze samotné smlouvy.
102. Úřad předesílá, že zákon ve vztahu k možnosti užití jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona jednoznačně stanovuje, že v případě technických důvodů je možno veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění zadat pouze tehdy, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem. Citované ustanovení zákona tedy v žádném případě nesměřuje na důvody „je-li to technicky obtížné“. Úřad nepopírá, že zapojení jiného dodavatele by bylo s ohledem na jeho „neseznámenost“ s detailní historií a vývojem fungování systému ADIS pro tohoto dodavatele obtížnější než pro vybraného uchazeče, který takovými znalostmi disponuje, tj. postup spočívající v „zapojení“ jiného

dodavatele by s sebou mohl nést určité komplikace, resp. těžkosti, avšak takový postup nebyl dle názoru Úřadu objektivně vyloučený.

103. Obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 24. 8. 2017 upozorňuje rovněž na skutečnost, že ADIS je tzv. prvkem kritické informační infrastruktury podle zákona o kybernetické bezpečnosti, kdy narušení jeho funkce by mělo závažný dopad na bezpečnost státu a zabezpečení základních životních potřeb obyvatelstva, zdraví osob nebo ekonomiku státu. Současně obviněný vyjmenovává možné negativní následky, jež by při neuzavření smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku, resp. smluv na navazující veřejné zakázky, mohly vyvstat (viz body 20. a 21. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad podotýká, že předmětné argumenty obviněného se pohybují pouze v rovině tvrzení, která nejsou doložena relevantními podklady, kdy ani z již výše zmíněného znaleckého posudku uvedené nevyplývá, neboť takové posouzení nebylo jeho předmětem. Pokud se obviněný odvolává na zákon o kybernetické bezpečnosti, resp. na skutečnost, že ADIS je tzv. prvkem kritické informační infrastruktury, pak k tomu Úřad uvádí, že zmíněná skutečnost zcela jistě nepředstavuje technické důvody, které by opravňovaly obviněného k použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Obdobný závěr je pak možno vyslovit i ve vztahu k argumentu obviněného, že před datem 25. 5. 2015 byl ADIS veden coby významný informační systém (viz opětovně bod 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad tedy shrnuje, že v tom, že je systém ADIS zařazen mezi prvky kritické informační infrastruktury, resp. v minulosti mezi významné systémy, nespátřuje žádný důvod k tomu, aby musela být posuzovaná veřejná zakázka zadána výhradně vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
104. Pokud obviněný v dalším zmiňuje fakt, že souhlasné stanovisko s jeho postupem spočívajícím v zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vyslovila opakovaně i Rada vlády pro informační společnost (viz bod 18. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pak k tomu Úřad konstatuje, že uvedené shledává v šetřené věci irelevantním, neboť obecně je příslušný k rozhodnutí o tom, zda zadavatel (obviněný) při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem (resp. zda se dopustil přestupku), dle § 112 zákona, resp. dle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), pouze Úřad.
105. S odkazem na shora popsané tedy Úřad konstatuje, že konkrétní a relevantní technické důvody, které by vedly k faktické nemožnosti realizace veřejné zakázky jiným dodavatelem než vybraným uchazečem, obviněný prostřednictvím jeho vyjádření a poskytnutých dokumentů nijak neprokázal. Technické důvody předkládané obviněným se tak nacházejí toliko v rovině tvrzení, potažmo jsou sice „podloženy“ konkrétním dokumentem – znaleckým posudkem, avšak tento dokument technické důvody týkající se předmětu plnění šetřené veřejné zakázky neosvědčuje, jak bylo Úřadem zevrubně komentováno již shora. Je přitom zapotřebí opětovně připomenout, že není v žádném případě úkolem Úřadu, aby případné technické důvody (pokud vůbec existují) „dohledával“ a prokazoval namísto obviněného. Úřad proto dospěl k závěru, že technické důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly obviněným prokázány a obviněný tak neunesl důkazní břemeno ohledně existence technických důvodů odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž je to právě obviněný, který je nositelem tohoto důkazního břemene.

106. Pokud jde o obviněným tvrzenou existenci objektivních důvodů pro použití jednacím řízení bez uveřejnění spočívajících v nutnosti ochrany autorských práv vybraného uchazeče, pak Úřad uvádí následující.

107. Úřad primárně sděluje, že obviněný doručil Úřadu v rámci svého podání ze dne 13. 3. 2017 rovněž dokument ze dne 1. 2. 2016 zpracovaný společností PELIKÁN KROFTA KOHOUTEK advokátní kancelář s.r.o., IČO 27592936, se sídlem Újezd 450/40, 118 01 Praha 1, jehož obsahem bylo „posouzení dispozice s autorskými právy v rámci systému Automatizovaného daňového informačního systému.“. Na základě obviněným předložených dokumentů (tj. smluvní dokumentace pořízené v letech 1992 až 2014) dospěla výše uvedená advokátní kancelář k následujícímu závěru:

„Zdrojové kódy systému ADIS podle dostupných materiálů podléhají ochraně dle autorského zákona, přičemž ze smluvní dokumentace nevyplývá, že by si Ministerstvo financí ČR nebo Generální finanční ředitelství zajistilo právo poskytnout zdrojové kódy k tomuto systému třetím osobám za účelem změn, nebo zpřístupnění systému ADIS. Poskytnutá licence v daném případě zahrnuje pouze neodvolatelnou, nevýhradní, celosvětovou, vyplacenou licenci používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie materiálů, jejichž autorem je IBM.

Domníváme se tedy, že v daném případě GFŘ musí zajistit svolení nositele autorských práv systému ADIS ke změně a zpracování původního autorského díla, pokud by k této činnosti mělo dojít ze strany třetí osoby.

(...)

I když formulace smlouvy ne zcela koresponduje s dikcí autorského zákona, lze z ní dovodit, že autor svolení k postoupení majetkových práv k dílu na třetí osobu nepostoupil. Pokud v rámci systému ADIS byl GFŘ dodán i program chráněný autorským zákonem a poptávané plnění by obsahovalo užití / zásah do autorských práv k ADIS, pak plnění mohl provést buďto autor (IBM), případně GFŘ/MF jako zadavatel původní veřejné zakázky.

Závěrem tedy konstatujeme, že se po posouzení předložené smluvní dokumentace přikláníme k názoru, že GFŘ/MF nedisponuje autorskými právy ke zdrojovému kódu systému ADIS a není tak oprávněno volně bez svolení IBM s tímto systémem (resp. zdrojovými kódy) nakládat.“.

108. K předloženému právnímu posouzení vztahujícímu se k ADIS Úřad předně podotýká, že jeho předmětem nebylo posouzení postupu obviněného ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona, resp. možného zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, nýbrž posouzení smluvní dokumentace k systému ADIS z hlediska dispozice autorskými právy k tomuto systému. Z daného posouzení lze dovodit, že obviněný by si v případě, že by požadoval změnu či zpracování ADIS třetí osobou, musel zajistit potřebná oprávnění od vybraného uchazeče, neboť autorskými právy ke zdrojovým kódům ADIS disponuje právě vybraný uchazeč; obviněný dle daného posouzení disponuje neodvolatelnou, nevýhradní, celosvětovou, vyplacenou licencí, jež ho opravňuje používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie materiálů, jejichž autorem je vybraný uchazeč.

109. Úřad opakuje, že předmět plnění posuzované veřejné zakázky spočívá v zajištění základní pozáruční údržby systému ADIS, jenž byl pro právního předchůdce obviněného vytvořen

na základě původní smlouvy z roku 1992. Z původní smlouvy vyplývá, že vybraný uchazeč nebo třetí strana si ponechá vlastnictví autorských práv vůči všem materiálům, které nejsou označeny jako „materiály¹ zákazníka“, avšak obviněný, resp. právní předchůdce obviněného, bude mít právo reprodukovat takovéto materiály a připravovat z nich odvozené produkty pro své vlastní vnitřní použití, ale nebude bez předchozího souhlasu vybraného uchazeče poskytovat jakékoliv takovéto materiály anebo odvozené produkty a jejich kopie kterékoliv třetí straně (viz bod 55. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Současně bylo v původní smlouvě sjednáno, že vybraný uchazeč vlastní autorská práva na licenci vnitřního kódu, avšak udělil právnímu předchůdci obviněného licenci k používání kódu, která ho opravňuje k (i) provádění kódu a tím umožnit konkrétnímu stroji, aby fungoval v souladu s údaji oficiálně publikovanými vybraným uchazečem, (ii) pořízení si záložní kopie, jestliže mu taková nebyla poskytnuta vybraným uchazečem, (iii) provádět a zobrazovat kód, pokud je to nezbytné pro údržbu stroje. Z původní smlouvy naopak vyplývá, že obviněný (resp. jeho právní předchůdce) nesmí (i) jinak kopírovat, uzpůsobovat, zobrazovat, upravovat nebo elektronickou cestou rozšiřovat kód než jak může být oprávněn podle údajů, (ii) aplikovat na kód zpětné překladače jazyk ASEMBLER nebo jiné překladače, dekódovat nebo překládat kód, (iii) poskytovat druhotné licence, kód postupovat nebo pronajímat (viz bod 57. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

110. S ohledem na předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí je tak možno uvést, že na základě původní smlouvy je obviněný oprávněn ADIS používat, avšak nikoliv do něj zasahovat či jej upravovat. Obdobně ani ze smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku nevyplývá, že by obviněnému náleželo oprávnění do systému ADIS zasahovat, neboť v čl. 6 „Práva na produkty nemateriální povahy“, odst. 3, smlouvy bylo sjednáno, že „*Materiály typu II jsou Materiály², které byly vytvořené v období provádění služeb či jindy (např. ty, které vznikly již před obdobím poskytování služeb) a jsou vlastnictvím Zhotovitele nebo třetí strany a Zhotovitel či třetí strana k nim má všechna autorská práva (včetně vlastnictví copyrightu). Zhotovitel dodá jednu kopii tohoto Materiálu Objednateli. Zhotovitel tímto uděluje Objednateli neodvolatelnou, časově neomezenou, nevýhradní, celosvětovou, vyplacenou licenci používat, vykonávat, reprodukovat, zobrazovat, provádět a distribuovat pouze pro vnitřní potřebu kopie tohoto Materiálu typu II. (...)*“. O skutečnosti, že obviněný není nadán vlastnickými (autorskými) právy k systému ADIS, nad rámec shora řečeného, ostatně svědčí i jeho konstatace, že učinil jednání o převodu majetkových práv k předmětnému informačnímu systému, avšak vybraný uchazeč o převodu těchto práv v horizontu 3 let neuvažuje (viz bod 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
111. Úřad v dalším uvádí, že informační systém ADIS lze kvalifikovat jako autorské dílo ve smyslu § 2 odst. 2 autorského zákona. K tomu Úřad v obecné rovině uvádí, že do forem užívání autorského díla lze zařadit jak činnosti výslovně upravené v § 12 odst. 4 autorského zákona,

¹ Pojmem „materiály“ se dle původní smlouvy rozumí „*písemné práce nebo jiné autorské práce, které jsou zákazníkovi dodány jako programy, seznamy programů, programovací nástroje, dokumentace, zprávy, výkresy a podobné práce, které jsou označeny jako materiály v Příloze B – Rozsah dodávek.*“.

² Pojmem „Materiály“ se dle čl. 1 „Obecné definice“ smlouvy rozumí „*díla, jež jsou předmětem autorských práv (jako jsou počítačové programy, výpisy zdrojového kódu, programovací nástroje, dokumentace, reporty, nákresy apod.), jež může Zhotovitel dodat Objednateli jako součást služby. Na tyto materiály se vztahují ustanovení článku 6. Práva na produkty nemateriální povahy této Smlouvy. Pojem ‚Materiály‘ nezahrnuje licencované programy dostupné na základě zvláštních licenčních smluv.*“.

tak i činnosti jiné, neboť výčet uvedený v odstavci 4 tohoto ustanovení autorského zákona je s odkazem na odstavec 5 zde citovaného ustanovení pouze demonstrativní.

112. Autorský zákon dále blíže specifikuje právo užít dílo, jedná-li se o počítačový program, a to v § 66 odst. 1 autorského zákona. Obsahem předmětného ustanovení autorského zákona je vymezení tzv. zákonné licence, s níž je spojeno právo oprávněného uživatele – osoby, která disponuje licencí k výkonu majetkového práva autora – dílo (počítačový program) užít určitými způsoby, aniž by k tomuto výkonu musela být uživateli tato práva udělena na základě smluvních ujednání. Uživatel – nabyvatel licence, tak získává tato oprávnění bez dalšího, přímo ze zákona.
113. Z ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) autorského zákona pak vyplývá právo oprávněného uživatele rozmnožovat, překládat, zpracovávat, upravovat či jinak měnit počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu nebo opravuje-li chyby počítačového programu, přičemž z obsahu předmětného ustanovení, jakož i z odborné literatury pojící se s problematikou autorskopravní ochrany vyplývá, že se jedná o ustanovení kogentní, tzn. zákonné ustanovení zavádějící pravidlo, od něhož se účastníci smluvního vztahu nemohou odchýlit. *„Stěžejním pojmem autorského práva v souvislosti s užitím a ochranou počítačového programu je pojem oprávněný uživatel. Oprávněným uživatelem rozmnoženiny počítačového programu je zaprvé oprávněný nabyvatel rozmnoženiny počítačového programu, který má vlastnické či jiné právo k rozmnoženině počítačového programu, a to za účelem jejího využití (nikoli za účelem jejího dalšího převodu). Zadruhé je oprávněným uživatelem oprávněný nabyvatel licence nebo jiná osoba oprávněná užívat rozmnoženinu počítačového programu. Oprávněný uživatel neporušuje práva autora programu, jestliže tento program rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění, je-li to potřebné k užití programu v souladu s jeho určením, činí-li tak při zavedení a provozu počítačového programu včetně opravování chyb programu.“* (ŠTĚDRŮŇ, B. Ochrana a licencování počítačového programu. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 48.).
114. Současně jsou další zákonná užití oprávněného uživatele obsažena v ustanovení § 66 odst. 1 písm. b) autorského zákona, dle kterého do autorského práva nezasahuje oprávněný uživatel rozmnoženiny počítačového programu, jestliže *„jinak rozmnožuje, překládá, zpracovává, upravuje či jinak mění počítačový program, je-li to nezbytné k využití oprávněně nabyté rozmnoženiny počítačového programu v souladu s jeho určením, není-li dohodnuto jinak“*, přičemž dle komentáře k autorskému zákonu [CHALOUPKOVÁ, H., HOLÝ, P.: Zákon o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským (autorský zákon) a předpisy související. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 121] je přípustné *„např. zpracování, resp. úprava spočívající ve věcné nebo obsahové aktualizaci, či jiném přizpůsobení programu směřujícím k naplnění účelu jeho užití.“* Toto ustanovení tedy již ze zákona opravňuje oprávněného uživatele mimo jiné k úpravám počítačového programu nejen v případě nezbytnosti provedení těchto úprav, ale i v případech směřujících k naplnění účelu jeho užití. Zákonná licence je v tomto případě oproti ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) autorského zákona podstatně širší, resp. volnější, neboť s výkonem těchto užívacích práv není spojena podmínka nezbytnosti k využití počítačového programu.
115. Úřad v této souvislosti tedy uvádí, že nelze vždy automaticky uzavřít, že z důvodu ochrany práv vyplývajících z autorského zákona byl vybraný uchazeč skutečně jediným možným

dodavatelem k realizaci šetřené veřejné zakázky, když oprávnění obviněného k určitým uživatelským úpravám programu může vycházet ze zákonné licence oprávněného uživatele počítačového programu např. dle ustanovení § 66 odst. 1 písm. a) nebo b) autorského zákona, přičemž ani z právního posouzení předloženého obviněným jednoznačně nevyplývá, že by vybraný uchazeč byl bezpochyby jediným možným dodavatelem předmětného plnění.

116. Úřad podrobil závěry právního posouzení svému zkoumání a hodnocení, a to v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, a dospěl k závěru, že předložené právní posouzení nepodává komplexní odpověď na otázku ohledně existence výhradních práv vybraného uchazeče, tj. společnosti IBM, neboť jeho závěry nejsou opřeny o bližší zdůvodnění, které by jednoznačně svědčilo ve prospěch existence výhradních práv vybranému uchazeči (viz předchozí obsah odůvodnění tohoto rozhodnutí).
117. Úřad proto v rovině výše uvedeného nemůže bez dalšího jednoznačně potvrdit reálnou existenci výhradních práv, tedy jakýsi „stav exkluzivity“ vybraného uchazeče, resp. konstatovat, že by obviněný nadevší pochybnost naplnil formální podmínku použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Z pouhého předložení konkrétních smluv a právního posouzení obviněným lze dle Úřadu toliko dovodit, že ADIS lze považovat za autorské dílo. Obviněný však v kontextu šetřené veřejné zakázky dostatečně neprokázal, že by to byl výhradně vybraný uchazeč, kdo je jediným subjektem, který může do tohoto informačního systému zasahovat. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 35/2015 ze dne 28. 6. 2017, v němž soud uvádí, že *„[p]ožadované zhodnocení ale nemá mít za úkol zodpovědět to, zda je určitý software autorským dílem, ale to, zda je možné realizovat zakázku jinak než výlučně zásahem do autorských práv původního dodavatele“*. Úřad na tomto místě uzavírá, že nastíněnou otázku blíže nezkoumal, neboť i kdyby se snad obviněnému podařilo prokázat to, že neexistuje subjekt odlišný od vybraného uchazeče, jenž by byl oprávněn k zásahu do informačního systému (a tento zásah by přitom byl nezbytný pro plnění předmětu veřejné zakázky), nic to nemění na skutečnosti, že stav exkluzivity výhradních práv vybraného uchazeče byl způsoben zaviněným právním jednáním předchůdce obviněného, pročez nemůže být tento stav oprávněným důvodem pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Tím by byl vlastně jen potvrzen stav, že pokud zadavatel vytvoří podmínky v původní veřejné zakázce pro jediného dodavatele, může zadavatel libovolně dlouho každou další veřejnou zakázku, kterou by bylo jinak lze na trhu široce soutěžit, pokud by neexistovaly předmětné omezující smluvní podmínky, zadat dotyčnému jedinému vybranému dodavateli v jednacím řízení bez uveřejnění. Právní předchůdce obviněného však měl a mohl vědět o skutečnosti, že bude nezbytné do (vybraným uchazečem vytvořeného) informačního systému zasahovat (nejedná se o jednorázový informační systém) a v té souvislosti mu tedy mělo být zřejmé, že nevyhradí-li si možnost takového zásahu, bude to právě a jen vybraný uchazeč, kdo bude moci další návazná plnění související s předmětným informačním systémem realizovat (k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).
118. Jak již Úřad uvedl, z judikatury citované v odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně vyplývá, že při posuzování naplnění podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) zákona je nezbytné vždy zkoumat nejen to, zda objektivně existují výhradní práva svědčící konkrétnímu dodavateli, s ohledem na něž není možno veřejnou zakázku zadat jinému subjektu (neboť předmět jejího plnění je se zásahem do takových práv imanentně spojen), ale je nutno

zkoumat i naplnění materiální podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, tj. zda obviněný stav výlučnosti tohoto dodavatele pro plnění veřejné zakázky sám zaviněně nevytvořil. Aniž by tedy bylo nutno se blíže zabývat obsahem v původní smlouvě sjednaného práva obviněného týkajícího se informačního systému ADIS, Úřad konstatuje, že jako oprávněný důvod pro použití jednacím řízení bez uveřejnění by ochrana výhradních práv obstála pouze v případě, že by exkluzivitu jediného dodavatele obviněný sám – zaviněně – nezpůsobil. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval naplněním materiální podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, tj. posouzením, zda obviněný jím tvrzený stav, kdy veřejnou zakázku podle něj může splnit pouze vybraný uchazeč, sám zaviněně nevytvořil.

119. V této souvislosti Úřad odkazuje na již výše zmiňovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013, který přinesl odpověď na otázku, zda skutečnost, že zadavatel stav exkluzivity způsobil sám, je či není při posouzení naplnění podmínek ve smyslu § 23 odst. 4 písm. a) zákona relevantní. Z citovaného rozsudku považuje Úřad za nezbytné opětovně i na tomto místě přímo citovat, že *„jednacím řízení bez uveřejnění lze využít, pokud jsou důvody pro jeho použití objektivní, tedy nezávislé na vůli zadavatele. Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách. Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně i fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento „stav exkluzivity“ vytvořil, a to navíc teprve ve chvíli, kdy již není možné nastalou situaci dostupnými právními prostředky změnit.“* Závěry tohoto rozsudku taktéž korespondují se závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, v němž se jmenovaný soud zabýval situací, kdy byl postup zadavatele veřejné zakázky zatížen vadou již při tvorbě nedokonalé a nepodložené projektové dokumentace a dospěl k závěru, že *„(...) předvídatelnou nedokonalost projektové dokumentace a nemožnost na jejím základě dokončit původní předmět díla nelze následně zhojit zadáním prací pomocí jednacím řízení bez uveřejnění.“* Nejvyšší správní soud také odkázal na dřívější rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 3/2002 ze dne 5. 11. 2002, v němž soud konstatoval, že okolnosti, které by mohly odůvodňovat postup, kdy zadavatel osloví jednoho konkrétního zájemce, nemohou vycházet ze stavu, kdy si zadavatel nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až je následně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolává se postupu dle daného ustanovení zákona.
120. Úřad zdůrazňuje i to, co uvedl již v bodě 82. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a sice že pokud Nejvyšší správní soud dále zdůraznil, že je nutné s ohledem na skutkové okolnosti pečlivě vážit, *„zda postup zadavatele je skutečně zaviněný, či pouze nešikovný“*, a to zejména s ohledem na složitost předmětu zakázky, dle rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015: *„citované argumentaci je nutno v intencích všech citovaných rozsudků Nejvyššího správního soudu rozumět tak, že v případě zmiňovaného „zavinění“ půjde o takové způsobení stavu exkluzivity zadavatelem, kdy musel s ohledem na individuální okolnosti zadávání původní zakázky předpokládat nutnost zadání navazujících zakázek“*.
121. V návaznosti na shora uvedenou judikaturu je tak zřejmé, jak již Úřad ostatně uvedl výše, že použít jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona lze v případě důvodu

ochrany výhradních práv pouze tehdy, neexistuje-li přiměřená alternativa jiného dodavatele, kdy tato neexistence však stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní (zaviněné) činnosti obviněného (spočívající např. v předchozím uzavření smluv či nezajištění nezbytných práv). Úřad tedy uvádí, že zadavatel musí před zadáním „prvotní“ veřejné zakázky 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 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. Aby tedy bylo možné konstatovat, že obviněný, který svým jednáním při uzavírání prvotní smlouvy o dílo vytvořil exkluzivní postavení dodavatele původní veřejné zakázky, postupoval pouze „nešikovně“, muselo by v daném případě dojít k tomu, aby zadavatel „*prokazatelně neměl vědomí o tom, že v budoucnu mu vznikne potřeba zadat další veřejné zakázky*“ (rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015).

122. Úřad s ohledem na výše uvedenou judikaturu provedl komparaci předmětu plnění veřejné zakázky dle smlouvy na šetřenou veřejnou zakázku s původní smlouvou a uvádí, že smlouva se bezprostředně týká informačního systému pořízeného na základě původní smlouvy, tzn. systému ADIS. Vzhledem k povaze služeb poskytovaných obviněnému na základě smlouvy na posuzovanou veřejnou zakázku je z pohledu Úřadu zřejmé, že se jedná o činnosti, které právní předchůdce obviněného mohl rozumně očekávat, neboť se jedná o takový druh činností (tj. základní údržba informačního systému ADIS spočívající kupříkladu v poskytování konzultačních služeb, opravách, jež by jinak byly předmětem záruky, apod.), které obecně s provozem informačních systémů bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání původní smlouvy již z povahy věci rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení v budoucnu vznikne, neboť bez provádění alespoň základního servisu (údržby) nelze obdobné systémy fakticky vůbec používat. Pro úplnost Úřad dodává, že vzhledem k popisu a účelu ADIS lze mít za prokázané, že tento nepředstavuje informační systém, u kterého by se předpokládala krátkodobá životnost. Navíc se jedná o informační systém spravující oblast daňové legislativy objektivně podléhající neustálým změnám, jak ostatně popisuje i sám obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 24. 8. 2017. O to více pak musela být potřeba následné údržby poskytované v průběhu jeho používání zjevná. Dle Úřadu tak právní předchůdce obviněného již v době uzavření původní smlouvy potřebu navazujících plnění mohl rozumně předpokládat a zaviněně tak založil stav exkluzivity ve prospěch jediného dodavatele.
123. Nad rámec výše popsaného Úřad poznamenává, že obviněný, resp. jeho právní předchůdce musel již v době uzavření původní smlouvy vědět, resp. rozumně očekávat, popř. s tím být přinejmenším srozuměn, že v budoucnu vyvstane potřeba provedení konkrétních činností souvisejících s provozem informačního systému ADIS, tj. právní předchůdce obviněného nemohl předpokládat, že daný informační systém zůstane neměnný („zakonzervovaný“). Právě řečené ostatně dokládá fakt, že zavedení systému ADIS bylo plánováno v celkem 3 fázích, přičemž na základě původní smlouvy mělo dojít k realizaci toliko fáze 1, tj. vybudování infrastruktury a „základů“ systému ADIS. Jak je zřejmé z původní smlouvy, následující fáze 2 se měla týkat mj. dalšího programového vybavení ADIS, zavedení nových funkcí vycházejících z daňových zákonů schválených po zahájení fáze 1, apod. Z právě řečeného je tak patrné, že

na základě původní smlouvy dodané plnění nebylo z hlediska vybudování informačního systému ADIS již definitivní, nýbrž naopak původní smlouva předpokládala další navazující plnění související s rozvojem předmětného informačního systému. Dle přesvědčení Úřadu měl právní předchůdce obviněného na tento fakt, tj. že bude docházet k rozvoji systému ADIS, což s sebou „ruku v ruce“ dozajisté ponese potřebu provádění konkrétních činností týkajících se jeho údržby, adekvátním způsobem reagovat, čili si v původní smlouvě zajistit (sjednat), aby mohl do informačního systému ADIS zasahovat a volně s ním nakládat. V důsledku toho, že takto právní předchůdce obviněného nepostupoval, zapříčinil stav exkluzivity vybraného uchazeče vůči informačnímu systému ADIS.

124. Úřad v návaznosti na výše uvedené konstatuje, že obviněný v řízení o přestupku neprokázal opak, tj. že právní předchůdce budoucí návazné plnění původní smlouvy (odpovídající smlouvě) předpokládat nemohl, ani neprokázal, že by právní předchůdce postupoval pouze „nešikovně,“ tj. nezaviněně. Úřad v této souvislosti uvádí, že si je vědom skutečnosti, že informační systém ADIS byl vytvořen na základě postupu právního předchůdce obviněného a stav exkluzivity tedy z povahy věci nemohl vytvořit sám obviněný, který tuto skutečnost sám ovlivnit nemohl, když vstoupil do pozice jiného subjektu (právního předchůdce) a převzal jeho práva a povinnosti (viz body 18. a 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obviněný však bez ohledu na skutečnost, že založení autorskoprávní exkluzivity vybraného uchazeče sám ovlivnit nemohl, má jako zadavatel povinnost při vzniku potřeby dodatečných úprav, aktualizací nebo údržby tohoto systému (který od Ministerstva financí převzal do své kompetence), vždy zvažovat, zda jsou podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění naplněny. Nelze si totiž představit situaci, kdy by pouze formální změna v organizační struktuře mohla mít za následek zbavení se odpovědnosti za předchozí postup právního předchůdce. Přitom je třeba nahlížet jak na formální, tak na materiální stránku těchto podmínek. Jinými slovy řečeno: obviněnému není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavírání původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění. Nebyly-li naplněny zákonné důvody, pak měl obviněný postupovat jinak, přičemž ani toliko tvrzená hospodárnost postupu nemůže nezákonnost postupu zhojit, když to by vedlo k tomu, že se předmětem soutěže na roky či desítky let nestanou veřejné zakázky, které by jinak (bez původních podmínek zadavatele, které vytvořily exkluzivitu rozhodného dodavatele), bylo lze v širokém soutěžním prostředí soutěžit. Nad rámec shora řečeného pokládá Úřad za vhodné doplnit, že o odpovědnosti zadavatele, ačkoliv „závadný“ stav způsobil jeho právní předchůdce, bylo rozhodnuto již např. v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, přičemž se dokonce jednalo o správní řízení, jež bylo vedeno právě s obviněným, coby jediným účastníkem předmětného správního řízení.
125. V rámci posouzení materiální stránky použití jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky tak Úřad s odkazem na výše zmíněnou konstantní judikaturu na základě výše uvedeného konstatuje, že judikovanou podmínku spočívající v tom, aby se jednalo o plnění, jehož potřebu zadavatel nemohl při zadávání „prvotní“ veřejné zakázky předvídat, šetřená veřejná zakázka nesplňuje, jelikož právní předchůdce obviněného mohl budoucí návazná plnění související s původní smlouvou a nyní obsažená ve smlouvě uzavřené obviněným na základě jednacím řízení bez uveřejnění, předpokládat; jinými slovy řečeno o potřebě tohoto plnění právní předchůdce obviněného měl a mohl vědět již v době uzavření původní

smlouvy. Úřad v této souvislosti uvádí, že je zcela postačující, že tuto známost měl mít již právní předchůdce obviněného, neboť obviněný vstupuje plně do práv a povinností souvisejících s informačním systémem ADIS, který mu byl předán do jeho kompetence, tedy vstupuje i do závazků plynoucích z předchozího postupu Ministerstva financí a důsledků těchto závazků. Obviněný jako právní nástupce Ministerstva financí následně v pozici zadavatele při zadávání veřejné zakázky související s uvedeným informačním systémem musí všechny okolnosti včetně důsledků předchozího postupu Ministerstva financí zvažovat, zejména však, zda jeho postup je v souladu se zákonem. Tuto skutečnost (potřebu budoucího plnění, kterou právní předchůdce obviněného měl a mohl rozumně předpokládat) měl obviněný při zadávání veřejné zakázky vzít v úvahu a v situaci zaviněného založení exkluzivity jeho právním předchůdcem nemohl veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. V této souvislosti Úřad k argumentu obviněného, že v době uzavření původní smlouvy neexistovala v českém právním řádu žádná úprava zadávání veřejných zakázek, kterou by bylo možné obcházet (viz bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a že jeho právní předchůdce nemohl reálně předvídat, jakým směrem se bude oblast IT ubírat (viz bod 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí), sděluje, že tehdejší právní úprava je pro šetřený případ zcela nerozhodná, neboť Úřad v tomto řízení neposuzuje zákonnost právního jednání při uzavření původní smlouvy, ale zákonnost použití jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání předmětné veřejné zakázky, tedy veřejné zakázky zadávané v době, kdy již příslušná judikatura příslušná k šetřené věci zcela prokazatelně existovala (viz kupříkladu rozsudky, na něž Úřad v odůvodnění tohoto rozhodnutí odkazuje) a obviněný se tak s jejími závěry mohl seznámit (je tedy možno jen opakovat, že obviněnému není vytýkán chybný postup jeho právního předchůdce při uzavření původní smlouvy, ale chybný postup při vyhodnocení toho, zda jsou splněny podmínky pro uzavření smlouvy v jednacím řízení bez uveřejnění).

126. Dle rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 42/2012 ze dne 11. 1. 2013: „*Není sporu o tom, že pokud by se zadavatel svým vlastním zaviněným postupem dostal do situace, kdy musel přidělit zakázku pouze jedné určité společnosti, porušil by tím zákon o veřejných zakázkách*“, a dále: „*Zadavatel se tak nemůže dovolávat existence pouhého jediného dodavatele (právně nebo fakticky) schopného realizovat předmět veřejné zakázky, pakliže sám tento ‚stav exkluzivity‘ vytvořil, (...)*“, což je závěr, který je dle přesvědčení Úřadu aplikovatelný na šetřený případ, jelikož, jak bylo popsáno výše, předmět šetřené veřejné zakázky představují činnosti, které obecně s provozem informačního systému bezprostředně souvisí a u kterých tedy musel právní předchůdce obviněného v době uzavírání původní smlouvy rozumně očekávat, že potřeba jejich provedení vznikne, přičemž obviněný jakožto právní nástupce se měl otázkou naplnění podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění znovu zabývat. V kontextu výše uvedeného Úřad uvádí, že prakticky každý informační systém vyžaduje údržbu, aby byl provozuschopný a mohl tedy řádně plnit funkce, k jejichž zabezpečení je určen. Již jen z tohoto faktu lze dovozovat potřebu návazných plnění, a tedy zavinění autorskoprávní exkluzivity právním předchůdcem obviněného, když si v původní smlouvě nevyhradil potřebná práva k systému ADIS.
127. Ve vztahu k argumentaci obviněného, že v době uzavření původní smlouvy byl vybraný uchazeč jediným dodavatelem, který byl schopen poptávané plnění dodat, což vyplývá i z předloženého znaleckého posudku (ze str. 73) (viz bod 16. odůvodnění tohoto rozhodnutí), konstatuje Úřad následující. Na straně 73 znaleckého posudku je mj. řečeno, že „*[f]irma IBM byla tehdy jedinou volbou, firma co dokázala dodat jak servery s vlastním*

operačním systémem AIX (na bázi funkčního, stabilního multitaskového UNIXu; je to jeden z jejich serverových operačních systémů), SŘBD Informix, ale i personální počítače, pokud by bylo potřeba, byla schopna zajistit servis, školení i dálkový dohled.“. Úřad poznamenává, že předmětná argumentace obviněného ničeho nemění na skutečnosti, že právní předchůdce obviněného si nevyhradil při uzavírání původní smlouvy potřebná práva k systému ADIS, ačkoliv potřebu návazných plnění mohl rozumně předpokládat, k čemuž Úřad dodává, že předmětem daného znaleckého posudku ani nebylo posouzení toho, kolik relevantních dodavatelů bylo schopno v době uzavření původní smlouvy dodat požadované plnění, ani posouzení okolností relevantních pro zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, pročez dané tvrzení znalce shledává Úřad v šetřeném případě irelevantním.

128. Úřad ve světle výše předestřených skutečností shrnuje, že obviněný zadal šetřenou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu ochrany výhradních práv, ačkoliv k tomu nebyly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen postupem právního předchůdce obviněného při uzavření původní smlouvy, a proto obviněný nemohl předmětnou veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na důvody ochrany výhradních práv vybraného uchazeče zadat.
129. Na tomto místě se Úřad pro úplnost vyjádří k obviněným tvrzené hospodárnosti vynaložených veřejných prostředků spojených s realizací předmětné veřejné zakázky, kdy se dle obviněného jevílo ekonomicky výhodnější (poté, co obviněný převzal systém ADIS od Ministerstva financí) pokračovat v zavedené variantě než znehodnotit současný systém a pořizovat systém nový (viz body 25. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
130. K tomu Úřad uvádí, že se nejedná o důvody, jež pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvádí zákon v § 23 odst. 4 písm. a). Obviněný totiž musí v řízení před Úřadem prokázat, že z technických důvodů a důvodu ochrany výhradních práv opravdu neexistoval v době zadání veřejné zakázky jiný dodavatel schopný splnit předmět veřejné zakázky a že byly ve vztahu k použití předmětného jednacím řízení bez uveřejnění splněny podmínky pro jeho použití. Jak již bylo uvedeno výše, obviněný zmíněné důvody v řízení před Úřadem neprokázal. Skutečnost, zda postup obviněného vycházel ze snahy dosáhnout ekonomicky hospodárnějšího postupu, sama o sobě souladnost postupu obviněného se zákonem nedokládá, neboť ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, na jehož aplikaci se obviněný odvolává, opravňuje k použití jednacím řízení bez uveřejnění pouze v případě exkluzivity vybraného uchazeče ve vztahu k realizaci plnění veřejné zakázky z technických, uměleckých důvodů či z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu.
131. K samotné otázce dodržení zásady hospodárnosti se pak vyjádřil např. i předseda Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0067/2016/VZ-39866/2016/323/KKř ze dne 29. 9. 2016, když uvedl, že *„(...) snaha zadavatele být, dobrým hospodářem‘ je zcela souladná s obecnými principy ovládající jeho hospodaření s veřejnými finančními prostředky, avšak zcela neudržitelná jako opora pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.“* V této souvislosti pak Úřad dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 112/2013 ze dne 15. 10. 2015, ve kterém soud – příléhavě i na posuzovaný případ – uvedl, že *„(...) sama zásada hospodárnosti, nemůže mít aplikační přednost před zásadou transparentnosti, jejímž promítnutím jsou ve vztahu k použití jednacím řízení bez uveřejnění zákonem striktně*

stanovené podmínky, jež je nutno interpretovat restriktivně právě s ohledem na ochranu soutěže.“

132. Úřad v této souvislosti odkazuje dále i na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 18/2015 – 32 ze dne 25. 11. 2015, ve kterém je uvedeno, že „(...) *důkazní břemeno, pokud jde o prokázání naplnění podmínek podle § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, svědčí zadavateli (stěžovateli), proto nelze důvodně požadovat po správních orgánech či krajském soudu, aby se nad rámec podkladů předložených stěžovatelem zabývaly „porovnáním ekonomických výdajů stěžovatele na pořízení nového programového vybavení“. Nejvyšší správní soud se pak ztotožňuje se závěry krajského soudu i v tom smyslu, že zásada hospodárnosti nemůže mít automaticky aplikační přednost před splněním striktních zákonných podmínek pro aplikaci § 23 odst. 4 písm. a) ZVZ, a to zvláště tehdy, pokud stěžovatel nemá k dispozici důkladný ekonomický rozbor svědčící takové výhodnosti.“. Ekonomická stránka předmětné zakázky tedy sama o sobě nemůže být důvodem pro využití jednacím řízení bez uveřejnění a jakkoli odborně provedená analýza či odborný posudek nemůže plnohodnotně nahradit chování soutěžitelů na volném trhu. V daném případě navíc obviněný hospodárnost svého postupu prostřednictvím ekonomické analýzy či jiného relevantního podkladu nijak nedoložil. V daném případě tedy není možné posoudit rozpor požadavku na zajištění konkurenčního prostředí s požadavkem na hospodárné, efektivní a účelné vynakládání veřejných prostředků. „Ekonomičnost“, resp. hospodárnost obviněným provedeného řešení, tedy zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči bez soutěže, je tedy v tomto případě zcela v rovině tvrzení obviněného, které není žádným způsobem doloženo (obviněný nepředložil ekonomickou analýzu, ani žádný jiný dokument, který by ekonomickou výhodnost zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění prokazoval).*
133. Ve vztahu k předmětné argumentaci obviněného Úřad dále „pro zajímavost“ předesílá, že cena za plnění poskytnutého na základě Smlouvy o dílo „Vývoj aplikace „ADIS - Zajištění aplikačního modulu IS ADIS pro zavedení systému M1SS““, č. smlouvy CEP012P, která byla mezi obviněným a vybraným uchazečem uzavřena dne 27. 9. 2013, činila částku 99 947 897,28 Kč s DPH, cena za plnění poskytnutého na základě Smlouvy o dílo „Vývoj aplikace „Zajištění aplikačních modulů IS ADIS - zavedení legislativních a procesních změn““, č. smlouvy CEQ007P, která byla mezi obviněným a vybraným uchazečem uzavřena dne 8. 10. 2014, činila částku 109 842 560,96 Kč s DPH, a cena za plnění poskytnutého na základě Smlouvy o dílo „Základní pozáruční servis aplikace ADIS na rok 2013“, č. smlouvy CEP001N, která byla mezi obviněným a vybraným uchazečem uzavřena dne 14. 2. 2013, činila částku 40 283 925,- Kč s DPH. Je tedy zřejmé, že obviněný za plnění související s provozem, vývojem a údržbou informačního systému ADIS (kdy Úřadem nebyly vyčísleny zdaleka všechny „navazující“ smlouvy na původní smlouvu) vynaložil již stovky miliónů korun. Nelze přitom zcela vyloučit, že pokud by na obviněného, resp. právního předchůdce obviněného již na základě původní smlouvy přešla autorská práva k předmětnému informačnímu systému, popř. pokud by navazující činnosti byly zajišťovány dodavatelem, jenž by vzešel z transparentnějšího druhu zadávacího řízení, mohlo by v dlouhodobějším časovém horizontu dojít k významné úspoře veřejných financí. Předmětná argumentace obviněného mířící na „efektivnost“ zadání šetřené veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči je tak zcela lichá, resp. nijak nemůže ospravedlnit její zadání v tomto druhu zadávacího řízení postupem podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona.

134. Obviněný v rámci svého vyjádření ze dne 24. 8. 2017 mj. uvádí, že v současné době činí konkrétní kroky směřující k vybudování informačního systému pro správu daní, jenž bude odpovídat dnešním moderním požadavkům a přístupům k informačním technologiím, kdy s tímto bude spojeno nové IT řešení, které bude představovat koncepční změnu výběru daní jako takového. V současné době připravuje obviněný projekt zahrnující analýzu stávajícího stavu a návrh nového řešení (viz bod 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad konstatuje, že tyto kroky jsou jistě na místě, avšak na skutečnosti, že podmínky pro jednacím řízení bez uveřejnění v době zadání veřejné zakázky nebyly splněny, nic nemohou změnit; nicméně k nim může být Úřadem přihlédnuto při uvažování o výši ukládané pokuty.
135. Úřad dále uvádí, že dne 1. 10. 2016 nabyl účinnosti ZZVZ. Úřad se proto v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zabýval otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba jednání obviněného posuzovat. V této souvislosti lze uvést, že jednání obviněného je přestupkem podle obou právních předpisů [§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ, kdy o případném naplnění znaku skutkové podstaty spočívajícím v alespoň potenciálním vlivu na výběr dodavatele nemůže být v situaci, kdy o veřejnou zakázku neproběhla žádná soutěž, pochyb], přičemž obviněnému by při ukládání sankce podle ZZVZ hrozila stejně vysoká pokuta [srov. ust. § 268 odst. 2 písm. a) ZZVZ] jako podle právní úpravy aplikované v šetřeném případě. Co se týče merita vedeného správního řízení, tzn. posouzení splnění podmínek pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, tak ani v tomto ohledu není ZZVZ právní úpravou příznivější, neboť § 63 odst. 3 ZZVZ stanovuje pro možnost využití jednacím řízení bez uveřejnění stejné podmínky, jako § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Úřad současně dodává, že jelikož v daném případě byla na základě jednacím řízení bez uveřejnění uzavřena (samostatná) smlouva, která nemění původní smlouvu, nelze na šetřený případ jako případnou příznivější právní úpravu aplikovat ani ustanovení § 222 ZZVZ.
136. Úřad současně doplňuje, že dne 1. 7. 2017 nabyl účinnosti „nový“ zákon o přestupcích, (tj. zákon č. 250/2016 Sb.). Dle § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích přitom platí, že na přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona hledí jako na přestupky podle tohoto zákona. Obviněný se protiprávního jednání v souvislosti se zadáním šetřené veřejné zakázky dopustil v době účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. V této době, tzn. v době spáchání, bylo toto jednání správním deliktem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Vzhledem k tomu, že Úřad řízení o přestupku zahájil až po dni nabytí účinnosti zákona o přestupcích, musí být na protiprávní jednání obviněného, při zohlednění § 112 odst. 1, věty první, zákona o přestupcích nahlíženo již jako na přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. To je tedy důvodem, proč je protiprávní jednání obviněného označováno jako „přestupek“. Podle § 112 odst. 1, věty druhé, zákona o přestupcích se odpovědnost za přestupky a dosavadní jiné správní delikty, s výjimkou disciplinárních deliktů, posoudí podle dosavadních zákonů, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona; podle tohoto zákona se posoudí jen tehdy, jestliže to je pro pachatele příznivější. Úřad uvádí, že po pečlivém posouzení případu dospěl k tomu, že zákon o přestupcích není z hlediska vzniku odpovědnosti obviněného za přestupek příznivější, a proto není dán v tomto ohledu důvod k jeho aplikaci. Úřad současně konstatuje, že nepřehlédl znění ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích, jež se týká zániku odpovědnosti pachatele za spáchaný

přestupek. Tomuto se Úřad nicméně bude věnovat až v části odůvodnění tohoto rozhodnutí týkajícího se ukládané sankce – pokuty.

137. S ohledem na vše výše uvedené Úřad konstatuje, že obviněný se dopustil přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce obviněného, kterým bylo Ministerstvo financí, při uzavření původní smlouvy na informační systém ADIS, který si potřeby budoucích návazných plnění souvisejících s předmětem původní smlouvy musel být vědom, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 20. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Nelze totiž zcela vyloučit možnost, že pokud by obviněný šetřenou veřejnou zakázku zadal v takovém druhu zadávacího řízení, jež umožňuje širší konkurenci a vzájemnou soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky i od dalších potenciálních dodavatelů, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky pro obviněného, a v důsledku toho mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů, což ostatně patří mezi základní účely a cíle zákona. Obviněný tak svým jednáním výrazně omezil hospodářskou soutěž.
138. Pokud jde o potencialitu vlivu nezákonného jednání obviněného při zadávání veřejné zakázky na výběr nejvhodnější nabídky, coby jednoho ze znaků skutkové podstaty přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, pak Úřad nad rámec shora řečeného dodává následující. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 *„Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat.“* Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *„v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „(...) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.“* V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 předseda Úřadu konstatoval, že *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. (...) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat,*

zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“ Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení (§ 120 odst. 1 písm. a) zákona, pozn. Úřadu) (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.“ Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu (...) již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách.“ Úřad pro úplnost dodává, že ačkoliv se shora popsané závěry příslušných soudů týkaly spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jsou tyto plně příléhavé i na šetřený případ, neboť skutková podstata protiprávního jednání podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nedoznala žádných změn, „pouze“ již s přijetím zákona o přestupcích toto nezákonné jednání zadavatele není označováno jako „správní delikt“, nýbrž jako „přestupek“.

139. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

140. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

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

142. V šetřeném případě se obviněný dopustil přestupku podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal z technických důvodů a z důvodu ochrany výhradních práv v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť obviněný neprokázal, že by předmětnou veřejnou zakázku mohl z technických důvodů realizovat pouze vybraný uchazeč, a důvod spočívající v nutnosti ochrany výhradních práv vybraného uchazeče byl zaviněně vytvořen předchozím postupem právního předchůdce obviněného, kterým bylo Ministerstvo financí, při uzavření původní smlouvy na informační systém ADIS, který si potřeby budoucích

návazných plnění souvisejících s předmětem původní smlouvy musel být vědom, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a obviněný uzavřel dne 20. 5. 2016 s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.

143. Pro úplnost Úřad dodává, že jednání obviněného, jak již uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, posuzoval při zohlednění čl. 40 odst. 6 Listiny podle právní úpravy účinné v době spáchání přestupku, neboť jednání obviněného je přestupkem jak podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tak i podle § 268 odst. 1 písm. a) ZZVZ a ZZVZ ani zákon o přestupcích nepředstavují v šetřené věci příznivější právní úpravu (k posouzení zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku dle přestupkového zákona podrobněji viz dále).
144. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za přestupek zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
145. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad zjistil pochybnosti o zákonnosti postupu obviněného dne 16. 2. 2017, přičemž řízení o přestupku bylo zahájeno dne 9. 8. 2017. Smlouva na veřejnou zakázku byla obviněným uzavřena dne 20. 5. 2016. Z uvedeného vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost obviněného za přestupek podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona nezanikla, neboť Úřad zahájil řízení o přestupku před uplynutím 5 let ode dne, kdy byl přestupek spáchán, a současně do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl.
146. K uvedenému dále Úřad dodává, že z ustanovení § 112 odst. 2 zákona o přestupcích vyplývá, že ustanovení dosavadních zákonů o lhůtách pro projednání přestupku nebo jiného správního deliktu, lhůtách pro uložení pokuty za přestupek nebo jiný správní delikt a lhůtách pro zánik odpovědnosti za přestupek nebo jiný správní delikt se ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona nepoužijí. Odpovědnost za přestupek a dosavadní jiný správní delikt však nezanikne dříve, než by uplynula některá ze lhůt podle věty první, pokud k jednání zakládajícímu odpovědnost došlo přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.
147. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
148. Vzhledem ke skutečnosti, že je Úřad ode dne 1. 7. 2017 povinen aplikovat v řízení o přestupku zákon o přestupcích, zabýval se Úřad opětovně v souladu s čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod otázkou, podle jakého právního předpisu je třeba postupovat a tedy posuzovat otázku týkající se uplynutí lhůt odpovědnosti za přestupek, tedy zda právní úprava zániku odpovědnosti za spáchání přestupku obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích neobsahuje pro obviněného příznivější úpravu, než jak je tato lhůta upravena v zákoně. Protože ani ZZVZ, ani zákon o přestupcích neobsahuje ustanovení, na základě kterých by odpovědnost obviněného za spáchání přestupku již zanikla, není pozdější právní úprava obsažená v ZZVZ a v zákoně o přestupcích pro obviněného příznivější, a proto Úřad posoudil zánik odpovědnosti za spáchání přestupku podle zákona, a na základě uvedených skutečností konstatuje, že v šetřené veřejné zakázce nedošlo k zániku odpovědnosti obviněného za spáchání přestupku.

149. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za přešupek uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přešupek podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
150. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se obviněný dopustil přešupku, a za kterou může být obviněnému uložena pokuta, činí 40 286 210,68 Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku 4 028 621,- Kč.
151. Podle § 37 písm. a), b), c) a g) zákona o přešupcích (Úřad zde cituje pouze ta ustanovení, která jsou v daném případě pro určení druhu a výměry trestu relevantní, pozn. Úřadu) se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přešupku, k tomu, že o některém z více přešupků, které byly spáchány jedním skutkem nebo více skutky, nebylo rozhodnuto ve společném řízení, k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem a u právnícké osoby nebo podnikající fyzické osoby k povaze její činnosti.
152. Podle § 38 písm. a), b), c), d), f) a g) zákona o přešupcích je povaha a závažnost přešupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přešupkem porušen nebo ohrožen, významem a rozsahem následku přešupku, dále způsobem spáchání přešupku, okolnostmi spáchání přešupku, 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 přešupku.
153. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná, nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. S požadavky soudu na řádné odůvodnění pokuty, obsaženými ve výše citovaném rozsudku, se Úřad vypořádává následujícím způsobem.
154. Ke způsobu spáchání přešupku Úřad uvádí, že obviněný se dopustil přešupku podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při výběru dodavatele veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když dne 20. 5. 2016 uzavřel v rámci jednacího řízení bez uveřejnění dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku, aniž by pro daný druh zadávacího řízení byly splněny zákonem stanovené podmínky, přičemž tento postup obviněného mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Následkem postupu obviněného došlo zcela k vyloučení hospodářské soutěže, neboť v důsledku nezákonného postupu obviněného došlo k zadání předmětné veřejné zakázky přímo vybranému uchazeči.
155. Jako polehčující okolnost při úvaze o výměře pokuty vzal Úřad v potaz fakt, že obviněný poskytl v celém průběhu řízení o přešupku Úřadu řádnou součinnost. Jako další polehčující

okolnost zohlednil Úřad rovněž tu skutečnost, že obviněný dle jeho slov učinil konkrétní kroky (k tomu blíže viz bod 23. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jejichž cílem má být ve své podstatě eliminace jeho závislosti na vybraném uchazeči. Úřad dále jako polehčující okolnost hodnotí skutečnost, že autorskoprávní „exkluzivitu“ vybraného uchazeče zaviněně založil právní předchůdce obviněného, a nikoliv sám obviněný, který vstoupil do práv a povinností Ministerstva financí. Tato skutečnost však obviněného v žádném případě nezavazovala povinnosti zkoumat důsledně naplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění a zkoumat nejen formální, ale i materiální stránku těchto podmínek.

156. Úřad současně k výše popsáným polehčujícím okolnostem podotýká, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona obviněným. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání přestupku a při zvažování výše pokuty.
157. Po pečlivém posouzení případu ve všech vzájemných souvislostech Úřad žádné další polehčující, jakož ani přitěžující okolnosti neshledal.
158. Úřad pro úplnost uvádí, že nejsou ani dány důvody pro konstatování toho, že by obviněný za spáchaný přestupek neodpovídal z důvodu, že by vynaložil veškeré úsilí k tomu, aby porušení právní povinnosti zabránil, neboť obviněný v tomto smyslu ani neargumentoval.
159. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (přestupky) obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné uvést rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62 (publikován ve Sb. NSS 2248/2011), popřípadě rozsudek NSS ze dne 16. 9. 2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozhodnutí Nejvyšší správní soud konstatoval, že *»soud dovodil, že při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázkou vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem“.* Soud dále pokračuje tak, že *»[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).* Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se delikty, resp. přestupky.
160. S ohledem na výše uvedené provedl Úřad šetření, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající přestupky (správní delikty), za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno v bodě 145. odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání právě

projednávaného přestupku došlo dne 20. 5. 2016. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě je přestupek obviněného v souběhu s přestupkem (správním deliktem), o kterém bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-27861/2017/521/JRo ze dne 25. 9. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 24. 6. 2016, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 750 000,- Kč, a dále v souběhu s přestupkem (správním deliktem), o němž bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-28094/2017/522/PKř ze dne 27. 9. 2017 (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), který byl spáchán dne 14. 7. 2016, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 100 000,- Kč, a dále v souběhu s přestupkem (správním deliktem), o němž bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0310/2017/VZ-28633/2017/513/JLí ze dne 3. 10. 2017, který byl spáchán dne 20. 5. 2016, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 700 000,- Kč (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci), a dále v souběhu s přestupkem (správním deliktem), o němž bylo rozhodnuto výrokem I. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-28950/2017/521/OPI ze dne 6. 10. 2017, který byl spáchán dne 20. 5. 2016, a za který byla Úřadem uložena pokuta ve výši 1 000 000,- Kč (citované rozhodnutí dosud nenabylo právní moci).

161. S ohledem na výše uvedené Úřad přikročil k uplatnění institutu souhrnného trestu způsobem, který se Úřadu jeví v oblasti správního práva jako jediný možný, kdy nevzniká riziko, že by se Úřad jako správní orgán dopustil nedodržení zásady legality zakotvené v článku 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.
162. Měl-li by Úřad uložit obviněnému pokutu za uvedený přestupek a nemá-li zároveň v tomto řízení o přestupku zákonné zmocnění zrušit předcházející „výrok o trestu“ (tj. příslušné výroky výše uvedených rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0320/2017/VZ-27861/2017/521/JRo ze dne 25. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0319/2017/VZ-28094/2017/522/PKř ze dne 27. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0310/2017/VZ-28633/2017/513/JLí ze dne 3. 10. 2017, a č. j. ÚOHS-S0337/2017/VZ-28950/2017/521/OPI ze dne 6. 10. 2017), lze absorpční zásadu ve formě uplatnění pravidel pro ukládání souhrnného trestu aplikovat pouze tím způsobem, že Úřad v rámci uložení sankce za projednávaný přestupek zohlední předchozí uložené pokuty za přestupky, jež jsou s projednávaným přestupkem v souběhu, tj. pokuty uložené v příkazech uvedených v bodě 160. odůvodnění tohoto rozhodnutí za spáchání tam uvedených přestupků.
163. S ohledem na vše shora uvedené Úřad konstatuje, že obviněnému uložil za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí pokutu ve výši 500 000,- Kč, která odpovídá závažnosti spáchaného přestupku a všem dále hodnoceným skutečnostem, a to při respektování absorpční zásady ve formě analogického použití institutu souhrnného trestu.
164. Úřad dále při určení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci obviněného, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z dokumentů „Závěrečný účet za rok 2015“ a „Závěrečný účet za rok 2016“, dostupných na webových stránkách obviněného <http://www.mfcr.cz/cs/verejny-sektor/statni-rozpocet/plneni-statniho-rozpocetu/2015/zaverecny-ucet-kapitoly-312-ministerstva-26416> a <http://www.mfcr.cz/cs/verejny-sektor/statni-rozpocet/plneni-statniho-rozpocetu/2016/zaverecny-ucet-kapitoly-312-ministerstvo-28485>, vyplývá, že příjmy obviněného v roce 2015 činily více než 1,6 miliardy Kč a v roce 2016 dosahovaly téměř 1,1 miliardy Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty

nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

165. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla obviněným pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam.
166. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty obviněnému ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy tak již nelze dosáhnout jinak.
167. 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. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

Česká republika – Generální finanční ředitelství, Lazarská 15/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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