



ČESKÁ REPUBLIKA
ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY

Krajský soud v Brně rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Petra Šebka a soudců Mgr. Kateřiny Kopečkové, Ph.D. a Mgr. Filipa Skřivana v právní věci

žalobce: **IBM Česká republika, spol. s r. o.**
sídlem V Parku 2294/4, Praha
zastoupen Mgr. Otakarem Martincem, advokátem,
sídlem Zátěšská 856/16, Praha

proti
žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**
sídlem třída Kpt. Jaroše 7, Brno

za účasti: **1. Česká republika - Úřad pro zastupování státu ve věcech
majetkových**
sídlem Rašínovo nábr. 390/42, Praha
2. TESCO SW a.s.
sídlem tř. Kosmonautů 1288/1, Olomouc

o žalobě proti rozhodnutí předsedy žalovaného č.j. ÚOHS-26254/2020/321/VJu, sp.zn.
ÚOHS-R0113/2020/VZ ze dne 24.8.2020

takto:

- I. Žaloba se zamítá.
- II. Žalobce nemá právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému se náhrada nákladů řízení nepřiznává.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení nemají právo na náhradu nákladů.

Odůvodnění:

I. Shrnutí podstaty věci

1. Žalobce se domáhá zrušení napadeného rozhodnutí, kterým předseda žalovaného zamítl rozklad žalobce a potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-15661/2020/523/Jma, sp.zn. ÚOHS-S0373/2019/VZ ze dne 27.5.2020, kterým ve správním řízení zahájeném dne 10.10.2019 na návrh žalobce ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – osoby zúčastnění na řízení 1. - učiněných při zadávání veřejné zakázky „Provizorní zajištění funkcionalit majetkového a ekonomického modulu“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 7. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 7. 2019 pod ev. č. Z2019-019102 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 7. 2019 pod ev. č. 2019/S 137-337749, návrh žalobce podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“), zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

II. Shrnutí procesního postojů žalobce

2. Žalobce předně namítá, že vybraný dodavatel – osoba zúčastněná na řízení 2. – není bez zásahu do autorských práv žalobce schopen jím nabízené plnění zadavateli poskytnout; vybraný dodavatel přitom v rámci správního řízení před žalovaným jiné řešení (neporušující právní předpisy) neprezentoval.
3. Žalobce dále namítá, že nabídka vybraného dodavatele vykazuje znaky mimořádně nízké nabídkové ceny, a to z důvodu významného rozdílu oproti nabídkové ceně žalobce i oproti předpokládané hodnotě veřejné zakázky; předběžné tržní konzultace a studie přitom dle názoru žalobce existenci mimořádně nízké nabídkové ceny nevyvracejí. S argumenty žalobce se přitom žalovaný nevypořádal, čímž zatížil napadené rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti.
4. Konečně žalobce namítá, že vybraný dodavatel si v zadávacím řízení na veřejnou zakázku nárokuje uznání reference, u které je s ohledem na dostupné podklady nezávislých auditorů (Ministerstva financí a Nejvyššího kontrolního úřadu) prokázáno, že tato služba nebyla úspěšně realizována – nebyla poskytnuta v odpovídající kvalitě. Vedle uvedené pochybnosti o „nekvalitě“ referenční služby rozporuje žalobce i nesprávné posouzení finančního objemu referenční služby, do kterého nelze uznat tu část plnění, která souvisí s „rozvojem“ informačního systému. Napadené rozhodnutí je tak nezákonné i pro nesprávné posouzení prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem.

5. Žalobce ze shora uvedených důvodů navrhuje napadené i jemu předcházející rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému k dalšímu řízení. Na svém procesním postoji setrval žalobce po celou dobu řízení před zdejší soudem.

III. Shrnutí procesního postoje žalovaného

6. Žalovaný ve svém vyjádření se žalobou nesouhlasí, námitky žalobce považuje za nedůvodné a navrhuje žalobu zamítnout. Na svém procesním stanovisku setrval během celého řízení před soudem.

IV. Shrnutí procesního postoje osob zúčastněných na řízení

7. Osoba zúčastněná na řízení 1. považuje žalobu za zcela nedůvodnou, napadená rozhodnutí žalovaného za souladná se zákonem a věcně správná a navrhuje žalobu zamítnout.
8. Osoba zúčastněná na řízení 2. se žalobou nesouhlasí, považuje ji za účelovou a obstrukční a navrhuje její zamítnutí.

V. Posouzení věci

9. Žaloba byla podána včas (§ 72 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního /dále jen „s.ř.s.“/), osobou k tomu oprávněnou (§ 65 odst. 1 s.ř.s.), žaloba je přípustná (§ 65, § 68 a § 70 s.ř.s.).
10. Zdejší soud tak napadené rozhodnutí přezkoumal v mezích uplatněných žalobních bodů (§ 75 odst. 2 s.ř.s.) podle skutkového a právního stavu ke dni rozhodování žalovaného (§ 75 odst. 1 s.ř.s.) a dospěl k závěru, že žaloba není důvodná; soud rozhodoval bez jednání při splnění podmínek podle § 51 odst. 1 s.ř.s.
11. Zdejší soud o žalobě rozhodoval přednostně v souladu s § 56 odst. 1 s.ř.s., neboť pro takový postup s ohledem na charakter věci a na to, že žalobě přiznal odkladný účinek, shledal dostatečně závažné důvody. Současně stav vyřizování věcí podle pořadí, v jakém do soudního oddělení 62 a 67 zdejšího soudu došly, přednostní projednání a rozhodnutí v této věci bez újmy účastníkům řízení v jiných věcech podle zdejšího soudu umožnil.
12. Žalobce předně namítá, že vybraný dodavatel není bez zásahu do autorských práv žalobce schopen předmět veřejné zakázky (primární migraci dat) splnit. Vybraný dodavatel přitom v rámci správního řízení před žalovaným řešení, které by do práv žalobce nezasahovalo, nepřednesl. Podle žalobce nemožnost plnění bez zásahu do jeho autorských práv potvrzuje i postup zadavatele spočívající v uzavření smlouvy se žalobcem v jednacím řízení bez uveřejnění, na základě níž došlo k částečnému posunu z hlediska možnosti provedení primární migrace dat vybraným dodavatelem.
13. Žalovaný v napadeném rozhodnutí zastává názor, že nemůže přezkoumávat, zda plněním veřejné zakázky teoreticky vzato v budoucnu nedojde k zásahu, byť protiprávnímu, do soukromého práva, neboť není oprávněn přezkoumávat smluvní podmínky smlouvy uzavírané na základě veřejné zakázky, pokud se nejedná o zjevný exces atakující základní zásady zadávání veřejných zakázek. Vedle této klíčové argumentace se žalovaný věnuje polemice o příkladu daném žalobcem v rozkladu či se upíná k velmi obecnému tvrzení

vybraného dodavatele o možnosti splnit předmět veřejné zakázky bez nutnosti zásahu do autorských práv žalobce.

14. Podle bodu 3.4.10 smlouvy o poskytování služeb majetkového a ekonomického modulu zahrnuje poskytování služeb „společně s činnostmi dle odst. 3.2 Smlouvy zejména tyto činnosti ... návrh řešení a provedení převodu dat, a to i opakovaných v případě potřeby, mezi stávajícími informačními systémy Objednatele a provizorním ISMS (dále též jen „Primární migrace“)“.
15. Podle bodu 2.26 přílohy č. 1 návrhu smlouvy „Technická a funkční specifikace provizorního ISMS“ je dodavatel „povinen zajistit kontinuitu provizorního ISMS z hlediska dat, která jsou aktuálně vedena ve stávajícím ISMS (Primární migrace). Dodavatel provizorního ISMS je povinen zajistit primární migraci - ze stávajícího ISMS do provizorního ISMS. Dodavatel navrhne rozhraní a postupy pro datovou migraci do provizorního ISMS (majetková data, ekonomická data, stavy nakládání s majetkem, vazby majetku na související entity, smluvní stavy a další) a popíše požadovanou technickou součinnost ze strany ÚZSVM. ... Dodavateli provizorního ISMS bude pro účely migrace předán zálohovací plán a data stávajícího ISMS - obojí aktualizované k datu ukončení podpory provozu stávajícího ISMS jeho dodavatelem.“
16. Předmětem veřejné zakázky tak je v prvním kroku analýza a návrh řešení převodu (migrace) dat a na něj navazující krok druhý, spočívající v samotné migraci dat mezi stávajícím informačním systémem provozovaným žalobcem a provizorním ISMS. Žalobce přitom brojí primárně proti tomu, že provedení migrace dat není (objektivně) možné bez zásahu do jeho autorských práv; předmětem přezkumu ze strany žalovaného tak má být posouzení toho, zda při plnění předmětu veřejné zakázky nebudou zasažena autorská práva žalobce.
17. Žalovaný v souladu s § 248 odst. 1 ZZVZ vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, při kterém a) rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky nebo při zvláštním postupu postupoval v souladu s tímto zákonem, b) rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu s tímto zákonem, c) ukládá nápravná opatření, d) rozhoduje o návrhu podle § 267 ZZVZ, e) kontroluje podle kontrolního řádu soulad úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek s tímto zákonem.
18. Přezkumná pravomoc žalovaného se tak týká dodržování požadavků na zákonnost postupu podle ZZVZ, což – především pokud jde o dodržení zásady přiměřenosti (§ 6 odst. 1 ZZVZ) a zásady zákazu diskriminace dodavatelů (§ 6 odst. 2 ZZVZ) – může zahrnovat i přezkum těch zadávacích podmínek, jež se nakonec po uzavření smlouvy projeví coby podmínky smluvní (rozsudek zdejšího soudu č.j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3.1.2019). Otázka možného porušení právních předpisů vybraným dodavatelem při samotné realizaci předmětu veřejné zakázky, nejde-li přímo o porušení konkrétního pravidla vyplývajícího ze ZZVZ nebo o porušení takových povinností vyplývajících z jiných právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, z pracovněprávních předpisů či z kolektivních smluv ve smyslu § 113 odst. 4 písm. a) ZZVZ, jež by podle objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny bylo jejím důvodem (§ 113 odst. 6 písm. a/ ZZVZ), však stojí mimo přezkumnou pravomoc žalovaného. Žalovaný jako orgán státu je přitom oprávněn činit jen to, co mu zákon výslovně umožňuje. Vyjma skutečnosti, že opačný závěr nenachází

oporu v ZZVZ, tak žalovaný zásadně není a nemůže být schopen předvídat průběh plnění předmětu veřejné zakázky a na základě své predikce či tvrzení jiných osob (zpravidla neúspěšných účastníků zadávacího řízení) rozhodovat o možném porušení jiných právních předpisů a v konečném důsledku za to sankcionovat zadavatele. Nadto by takovým postupem suploval buď dozor či dohled vykonávaný příslušnými orgány veřejné správy, anebo hájil soukromoprávní zájmy třetích osob; ani jednu z uvedených rolí přitom dle názoru zdejšího soudu žalovaný plnit nemá.

19. Právě otázka možného zásahu do autorských práv žalobce při plnění předmětu veřejné zakázky je otázkou soukromoprávní mezi žalobcem a vybraným dodavatelem, která však na zákonnost postupu zadavatele – nepromítá-li se současně coby porušení konkrétního pravidla vyplývajícího ze ZZVZ nebo coby porušení povinnosti vyplývající z právního předpisu, jež by podle objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny bylo jejím důvodem – nemůže mít vliv. Zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky v souladu se svými potřebami a ZZVZ; o tom není mezi stranami sporu. Nevhodné vymezení předmětu veřejné zakázky (na rozdíl od nezákonného) či dokonce jeho faktická nesplnitelnost přitom a priori nezákonnost postupu zadavatele nezpůsobují – ten toliko neobdrží plnění, které požadoval. Při samotné realizaci předmětu veřejné zakázky se jedná o vztah soukromoprávní, jehož obsahem je – zjednodušeně řečeno – závazek dodavatele poskytnout předmětné plnění a závazek zadavatele za toto plnění zaplatit sjednanou odměnu. Za řádné splnění svého závazku vůči zadavateli (poskytnutí sjednaného plnění) nese odpovědnost vybraný dodavatel. Obdobně vybraný dodavatel (nejde-li o situaci předvídanou v § 113 odst. 4 písm. a/ ZZVZ, resp. § 113 odst. 6 písm. a/ ZZVZ) nese odpovědnost i za porušení právních předpisů při realizaci předmětu veřejné zakázky; v případě zásahu do autorských práv tak vybraný dodavatel nese soukromoprávní odpovědnost související s tímto zásahem a dotčená osoba je oprávněna se proti takovému zásahu adekvátním postupem bránit.
20. Nad rámec uvedených východisek zdejší soud konstatuje, že předjímaní porušení právních předpisů při plnění předmětu veřejné zakázky vybraným dodavatelem, zejména pak těch soukromoprávních, není dost dobře možné již proto, že poměry se mohou s plynutím času měnit. Tak tomu ostatně je i v právě posuzované věci, kdy sám žalobce uvádí, že smlouvou uzavřenou v jednacím řízení bez uveřejnění částečně umožnil provedení primární migrace dat vybranému dodavateli bez zásahu do jeho autorských práv; logicky tedy může nastat i situace, kdy žalobce v budoucnu převede svá majetková práva k autorskému dílu na vybraného dodavatele. Přezkum žalovaného by tak i s ohledem na proměnlivost situace jistě nebyl dost dobře možný.
21. Zdejší soud tak uzavírá, že k posuzování otázky možného porušení právních předpisů při plnění předmětu veřejné zakázky nemá žalovaný pravomoc. Žalovaný je oprávněn přezkoumávat mimo jiné zákonnost vymezení předmětu veřejné zakázky, nikoliv již jeho „splnitelnost“ – to je odpovědnost zadavatele, který následně nese i důsledky s tím spojené. Současně není rolí žalovaného aktivně bránit práva jiných osob, vykonávat dozorovou pravomoc příslušných orgánů veřejné správy nebo suplovat roli soudů při řešení (hypotetických) sporů mezi vybraným dodavatelem a dalšími osobami. Zdejší soud tak neshledal uvedenou námitku důvodnou.

22. Žalobce namítá, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízká, a to primárně z důvodu budoucího zásahu do autorských práv žalobce; předběžné tržní konzultace a studie přitom existenci mimořádně nízké nabídkové ceny nevyvracejí. Podle žalobce se žalovaný s jeho argumenty nevypořádal, čímž zatížil napadené rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti.
23. Podle § 28 odst. 1 písm. o) ZZVZ se mimořádně nízkou nabídkovou cenou rozumí nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.
24. Podle § 113 odst. 1 ZZVZ zadavatel provede posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny před odesláním oznámení o výběru dodavatele.
25. Podle § 113 odst. 4 ZZVZ zadavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. Žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny se považuje za žádost podle § 46, lze ji doplňovat a vznést opakovaně. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že a) při plnění veřejné zakázky zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a b) neobdržel neoprávněnou veřejnou podporu.
26. Podle § 113 odst. 6 písm. a) ZZVZ zadavatel posoudí objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Zadavatel účastníka zadávacího řízení vyloučí, pokud z objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny vyplývá, že nabídková cena je mimořádně nízká z důvodu porušování povinností uvedených v odstavci 4 písm. a).
27. V posuzované věci zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 400 000 000 Kč bez DPH, přičemž vybraný dodavatel podal nabídku s nabídkovou cenou ve výši 287 675 000 Kč bez DPH a žalobce nabídku s nabídkovou cenou ve výši 432 945 186 Kč bez DPH; zadavatel přitom neposoudil nabídkovou cenu vybraného dodavatele jako mimořádně nízkou.
28. Zdejší soud se nejprve zabýval námitkou nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, neboť pouze přezkoumatelné rozhodnutí je způsobilé být předmětem hodnocení z hlediska tvrzených nezákonností a vad řízení (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 8. 2009, č.j. 2 Azs 47/2009-71).
29. Podle § 68 odst. 3 správního řádu se v odůvodnění rozhodnutí uvedou důvody výroku nebo výroků rozhodnutí, podklady pro jeho vydání, úvahy, kterými se správní orgán řídil při jejich hodnocení a při výkladu právních předpisů, a informace o tom, jak se správní orgán vypořádal s návrhy a námitkami účastníků a s jejich vyjádřením k podkladům rozhodnutí.
30. Žalovaný se rozkladovou argumentací žalobce vztahující se k posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny zabýval v bodech 35 až 48 napadeného rozhodnutí. Z odůvodnění je přitom jasně seznatelný právní názor žalovaného a jeho aplikace na daný případ. Spatřuje-li žalobce nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v tom, že žalovaný podrobně neuvedl, z čeho dovozuje vypovídající hodnotu předběžných tržních konzultací a studie, pak se tento požadavek žalobce míjí s chápáním a aplikací institutu mimořádně nízké

nabídkové ceny. Žalovaný správně akcentoval „autonomii“ zadavatele při posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny a podrobil přezkumu vypořádání těch námitek žalobce, které směřovaly do posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny. Takové odůvodnění shledává zdejší soud dostatečným a přezkoumatelným.

31. Jde-li o věcné posouzení předmětných námitek žalobce, pak zdejší soud – v zásadě shodně se žalovaným – chápe institut mimořádně nízké nabídkové ceny jako prostředek ochrany zadavatele před nabídkami, které (v principu výhradně) dle názoru zadavatele obsahují takovou nabídkovou cenu, která evokuje nemožnost řádného plnění či dokonce splnění předmětu veřejné zakázky. Zadavatel nadto není v souladu se ZZVZ (vyjma případů podle § 113 odst. 6 ZZVZ) povinen účastníka zadávacího řízení vyloučit, i když dospěje k závěru, že nabídková cena je mimořádně nízká. Posouzení nabídkové ceny jako mimořádně nízké je tedy (vyjma případů dle § 113 odst. 6 ZZVZ) zcela v gesci zadavatele; ten nicméně na straně druhé logicky nese důsledky svého rozhodnutí, spočívající zejména v riziku nesplnění předmětu veřejné zakázky nebo jeho plnění v neodpovídající kvalitě.
32. Zadavatel v posuzované věci mimořádně nízkou nabídkovou cenu posoudil a dospěl k závěru, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká, o čemž mezi stranami není sporu. Žalobce následně podal vůči postupu zadavatele námitky, v rámci nichž mimo jiné brojlil proti posouzení nabídkové ceny, kterou žalobce u vybraného dodavatele považuje za mimořádně nízkou. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedený okruh námitek rozsáhle vypořádal na str. 4 až 12, kde uvedl, že *„stěžovatel neposkytuje žádnou konkrétnější informaci, výpočet či důkaz, které by byly relevantním podkladem pro závěr, že se o MNNC (mimořádně nízkou nabídkovou cenu – pozn. soudu) jedná.“* Zdejší soud přitom považuje vypořádání námitek, jak je učinil zadavatel, za jasné, věcně správné a dává mu zapravdu i v tom, že žalobce neuvedl v námitkách žádné konkrétní skutečnosti, které by nasvědčovaly posouzení nabídkové ceny vybraného dodavatele jako mimořádně nízké. Zadavatel naopak podpůrně opřel své závěry o „Studii řešení ISMS po roce 2019“ a informace získané v rámci předběžných tržních konzultací.
33. Neshledal-li zadavatel nabídkovou cenu vybraného dodavatele jako mimořádně nízkou, neměl povinnost postupovat podle § 113 odst. 4 ZZVZ a žádat po vybraném dodavateli zdůvodnění nabídkové ceny. Na uvedeném nic nemění ani „nešťastně“ stanovená výše předpokládané hodnoty zadavatelem. Důvodem stanovení předpokládané hodnoty v procesu zadávání veřejné zakázky je primárně určení odpovídajícího režimu veřejné zakázky, aniž by měla výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky jakýkoli vztah s institutem mimořádně nízké nabídkové ceny. Neexistence vztahu mezi předpokládanou hodnotou a posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny přitom plyne i z § 28 odst. 1 písm. o) ZZVZ, podle něhož se mimořádně nízká nabídková posuzuje (výhradně) ve vztahu k předmětu plnění.
34. Žalobce dále brojí proti „Studii řešení ISMS po roce 2019“ a informacím získaným v rámci předběžných tržních konzultací, které považuje za nezpůsobilé podklady pro závěr zadavatele o tom, že nabídková cena vybraného dodavatele není mimořádně nízká.
35. Ve vztahu ke studii zdejší soud konstatuje, že s ohledem na předmět jejího posouzení (pořízení nového ISMS včetně modulu CRAB), který plně nekoresponduje s předmětem veřejné zakázky, ve kterém není modul CRAB zahrnut, a inspiraci v irském modelu, se jedná opravdu toliko o orientační podkladový materiál. Nicméně i takový materiál má

určitou vypovídací hodnotu. Závěry předběžných tržních konzultací se již přímo vztahují k předmětu veřejné zakázky. Z obou dokumentů přitom vyplývá, že nabídková cena vybraného dodavatele mimořádně nízká není. Ze studie (byť zjednodušeným přepočtem) zadavatel vyvodil cenu 94,3 mil. Kč a v rámci předběžných tržních konzultací jeden z dodavatelů jako přibližnou cenu za poskytování služeb uvedl 120 - 160 mil. Kč. Nabídková cena vybraného dodavatele přitom obě uvedené částky výrazně překročila. Postupu zadavatele i odůvodnění rozhodnutí o námitkách tak zdejší soud nemá co vytknout.

36. V rámci správního řízení před žalovaným a následně i v žalobě žalobce namítal, že porušení jeho autorských práv vybraným dodavatelem v souvislosti s plněním předmětu veřejné zakázky je důvodem pro vyloučení účastníka zadávacího řízení podle § 113 odst. 6 ZZVZ, a to bez ohledu na to, zda zadavatel nabídkovou cenu označí za mimořádně nízkou či nikoliv.
37. Žalobci lze přisvědčit potud, že v případě žádosti o zdůvodnění způsobu stanovení nabídkové ceny, kterou zadavatel považuje za mimořádně nízkou podle § 113 ZZVZ, má zadavatel povinnost posoudit i to, zda při plnění veřejné zakázky budou dodržovány povinnosti vyplývající z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky, jakož i pracovněprávních předpisů a kolektivních smluv vztahujících se na zaměstnance, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky. V takovém případě je na zadavateli, aby důvěryhodnost potvrzení účastníka zadávacího řízení o skutečnostech podle § 113 odst. 4 ZZVZ alespoň rámcově posoudil a detekoval „na první pohled“ zřejmé skutečnosti, které pravdivost zdůvodnění vyvracejí; v opačném případě, tedy pokud by se zadavatel bez dalšího s obecným potvrzením účastníka zadávacího řízení vždy nekriticky spokojil, by takové potvrzení postrádalo jakéhokoli faktického významu, neboť by bylo toliko formálním krokem v zadávacím řízení a nebylo by možné zajistit požadovanou ochranu zájmu na dodržování právních předpisů dodavatelem a zajištění korektní soutěže mezi dodavateli. Dospěje-li zadavatel na základě posouzení objasnění nabídkové ceny k závěru, že je mimořádně nízká z důvodu porušení shora uvedených povinností – tedy i porušení povinností vyplývajících z právních předpisů vztahujících se k předmětu veřejné zakázky – nemá zadavatel již prostor pro další „úvahy“ a má povinnost takového účastníka podle § 113 odst. 6 ZZVZ ze zadávacího řízení vyloučit. V posuzované věci však zadavatel nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou neshledal a postup podle § 113 ZZVZ se tak vůbec „nerozběhl“; to ostatně správně uvedl i žalovaný.
38. Nad rámec zdejší soud uvádí, že i v případě, že by zadavatel shledal nabídkovou cenu vybraného dodavatele mimořádně nízkou, pak by ze zdůvodnění nabídkové ceny vybraného dodavatele muselo být porušení autorských práv žalobce evidentní. V posuzované věci přitom zásah do autorských práv žalobce realizací veřejné zakázky vybraným dodavatelem nelze považovat za „na první pohled“ zřejmý, a to i s ohledem na předmět veřejné zakázky, kterým je v první fázi (nejprve) návrh řešení migrace dat a (až) následně samotná migrace dat, u které se žalobce obává zásahu do svých autorských práv.
39. Zdejší soud tak neshledal ani tyto námitky žalobce důvodnými.
40. Konečně žalobce brojí proti uznání referenční zakázky „Pořízení aplikace MS2014+“ vybranému dodavateli, a to jak z důvodu neúspěšné (nekvalitní) realizace této zakázky, tak pro nesprávné posouzení finančního objemu této zakázky, do kterého nelze uznat tu část

plnění, která souvisí s „rozvojem“ informačního systému. Napadené rozhodnutí je tak nezákonné i pro nesprávné posouzení prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem.

41. Podle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
42. Žalobce opírá své pochybnosti o „nekvalitním“ provedení referenční zakázky vybraného dodavatele o „Kontrolní závěr z kontrolní akce 16/12 Příprava jednotného metodického prostředí pro čerpání podpory EU v programové období 2014+“ Nejvyššího kontrolního úřadu a „Zprávy o auditu 1. dílčího plnění – období 2014-2020“ Ministerstva financí. Žalobní argumentace přitom vychází fakticky výhradně z kontrolních závěrů Nejvyššího kontrolního úřadu; ten v kontrolním závěru konstatoval, že *„[v] období od června 2015 do dubna 2016 se v produkčním prostředí MS2014+ nebo v jeho části vyskytovaly výpadky systému, které uživatelům znemožňovaly práci. K takovým výpadkům docházelo v průměru více než 1,5krát za den (viz graf č. 1 v příloze č. 2 tohoto kontrolního závěru). Ve všech provozních prostředích se v období od listopadu 2014 do dubna 2016 takovéto incidenty vyskytovaly v průměru 6krát za den. Počet incidentů rostl od roku 2015 zejména od měsíce června, kdy systém začali využívat noví uživatelé, což souviselo s rozjezdem nového programového období, tj. s vyhlásováním výzev (viz graf č. 2 v příloze č. 2 tohoto kontrolního závěru). ... Data vztahující se k jednotlivým programům nebyla v předvytvořených sestavách aplikace MS2014+ zcela konzistentní, aplikace neposkytovala vždy srovnatelné a spolehlivé údaje. ... Komplikovanost jednotného monitorovacího systému se projevuje v jeho časté nestabilitě a existuje významné riziko v zabezpečení jeho bezproblémového provozu do budoucna. Kontrolující NKÚ se potýkali v průběhu práce s monitorovacím systémem „s neočekávanými situacemi při běhu aplikace“, například s častým hlášením chyb na serverové straně či s problémy pomalé nebo žádné odezvy aplikace na zadané požadavky uživatelů (tj. „zamrzání“ systému).“*
43. Z kontrolního závěru Nejvyššího kontrolního úřadu se vskutku podává, že aplikace MS2014+ nefungovala zcela bezproblémově. Správním spisem však prochází ověření předmětné reference zadavatelem u objednatele (Ministerstva pro místní rozvoj), který dopisem č.j. 43366/2019-32/1 ze dne 25.9.2019 řádné (kvalitní) plnění předmětné referenční zakázky potvrdil, když uvedl, že *„[a]no, plnění v rámci smlouvy CES: 5138 společnosti TESCO SW bylo realizováno „v odpovídající kvalitě“. ... Společnost TESCO SW se při plnění závazků ze smlouvy CES 5138 nedopustila pochybení ve smyslu § 48 odst. 5 písm e) ZZVZ.“*
44. Jde-li o posouzení (ne)kvality plnění referenční zakázky, pak zadavatel není povinen automaticky přijmout jakékoli osvědčení, jež požadavky zadavatele na doložení tzv. referencí formálně naplňuje, a to bez ohledu na pochybnosti, které zadavateli z takového osvědčení vyplynou; zadavateli naopak svědčí právo prověřit i obsahovou stránku těchto osvědčení a závěr ohledně splnění kvalifikace učinit právě s ohledem na tuto obsahovou stránku (rozsudek zdejšího soudu č.j. 62 Af 15/2014-55 ze dne 2.9.2015). Zadavatel by

k postupu ověření osvědčení o splnění požadavků na technickou kvalifikaci měl přistoupit tím spíše, pokud je osvědčení zpochybněno ze strany dalších účastníků zadávacího řízení.

45. V posuzované věci zdejší soud dospěl k závěru, že zadavatel svým postupem (dotazem na „spokojenost“ objednatele s poskytnutým plněním od vybraného dodavatele) plně dostal požadavkům ZZVZ. Je to právě objednatel, kdo o průběhu a výsledku plnění referenční zakázky má nejvíce informací. Pokud tedy objednatel referenční zakázky potvrdil její řádné splnění a „nesprávnost“ tohoto potvrzení není na první pohled zřejmá, nelze v akceptaci takové reference zadavatelem spatřovat porušení ZZVZ.
46. Namítá-li žalobce, že s ohledem na hrozící negativní vnímání veřejnosti a možný postih ze strany dotačních orgánů nemůže objednatel (Ministerstvo pro místní rozvoj) připustit pochybení v podobě nekvality dodaného systému (referenční zakázky), nelze mu přisvědčit. Za „nekvalitu“ realizace referenční zakázky by nesl odpovědnost primárně dodavatel, nikoliv objednatel. Vedle toho žalobce svůj názor ponechal toliko ve zcela obecné rovině a velmi stručné formě, což přirozeně determinuje i možnosti soudu se touto námitkou zabývat. Soudní řízení správní je totiž ovládáno dispoziční zásadou. Je tedy na žalobci, aby v podané žalobě nastavil referenční rámec přezkumu správního rozhodnutí, jímž je soud vázán (rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu č.j. 2 Azs 92/2005–58 ze dne 20.12.2005). Zdejší soud tak v obecné rovině nesdílí názor žalobce ohledně motivace objednatele referenční zakázky nepravdivě osvědčit kvalitu jejího splnění, přičemž odkaz na kontrolní závěr Nejvyššího kontrolního úřadu a zprávu o auditu Ministerstva financí domněnku žalobce neprokazuje a žalobce současně neoznačil další konkrétní skutečnosti, které by jeho názor potvrzovaly.
47. Žalobce ve vztahu k uznání referenční zakázky dále namítá nesprávné posouzení jejího finančního limitu. K této námitce, kterou žalobce v identickém znění vznesl již v rámci návrhu na zahájení správního řízení před žalovaným a následně i v rozkladu proti prvostupňovému rozhodnutí, zdejší odkazuje na odůvodnění napadeného (bod 51) a zejména prvostupňového rozhodnutí (bod 161), kde se žalovaný s touto námitkou srozumitelně, jasně a dle názoru zdejšího soudu i věcně správně vypořádal (rozsudek Nejvyššího správního soudu č.j. 8 Afs 119/2005-118 ze dne 27.7.2007).
48. Žalobce uvedenou námitku v žalobě rozvíjí a namítá, že dle čl. 5.1.1 servisní smlouvy pro plnění referenční zakázky je cena za činnost provozu proměnlivá, odvislá zejména od řádného plnění závazku vybraným dodavatelem a konkrétních činností podpory vykonávaných v daném období a není tak jasné, zda dosáhla zadavatelem požadované výše.
49. Podle čl. 5.1.1 smlouvy o poskytování služeb servisní podpory a rozvoje aplikace MS2014+ „[c]elková cena za plnění předmětu Smlouvy (Služeb) dle čl. III., odst. 3.1.1 Smlouvy ... činí 7 711 200,- Kč (bez DPH – poznámka soudu) ... za 1 měsíc plnění. Celková cena za plnění předmětu Smlouvy dle tohoto odst. 5.1.1. v období od okamžiku zahájení poskytování Služeb dle odst. 3.1.1 Smlouvy stanoveného v odst. 4.1.1 této Smlouvy do okamžiku zahájení poskytování Služeb dle odst. 3.1.1 Smlouvy v plném rozsahu stanoveného odst. 4.1.2 Smlouvy bude činit 80 % částky uvedené v tomto odst. 5.1.1 Smlouvy výše, tedy 7 464 441,60 Kč (6 168 960 bez DPH – pozn. soudu) za 1 měsíc plnění. Cena plnění dle tohoto odst. 5.1.1 Smlouvy je stanovena za plnění Služeb dle odst. 3.1.1 Smlouvy v požadované kvalitě, tj. při dodržení všech požadavků SLA parametrů QD, QR a QA dle Přílohy č. 1 Smlouvy. V případě nedodržení SLA parametrů QD, QR a QA dle Přílohy č. 1 Smlouvy se sníží měsíční cena za

plnění Služeb dle tohoto odst. 5.1.1 Smlouvy v souladu s odst. 9.1 této Smlouvy způsobem uvedeným v Příloze č. 1 Smlouvy. Maximální snížení celkové měsíční ceny Služeb dle tohoto článku Smlouvy činí 85 % ... , tj. Objednatel je povinen uhradit Poskytovateli vždy minimálně 15 % ... celkové měsíční ceny za plnění Služeb dle tohoto odst. 5.1.1 Smlouvy.“

50. Z citované pasáže servisní smlouvy na referenční zakázku je patrné, že konečná cena je skutečně proměnlivá, nicméně současně z textu smlouvy plyne, že nemůže být nižší, než 15 % celkové měsíční ceny, tj. 1 156 680 Kč bez DPH, resp. 925 344 bez DPH (do 1.9.2014) za 1 měsíc. Dle bodu 4.1 smlouvy je termín zahájení plnění předmětu smlouvy 1.1.2014. Smlouva byla dle bodu 13.1 uzavřena na dobu neurčitou, přičemž plnění na základě servisní smlouvy probíhalo nejméně do července roku 2019 (bod 161 prvostupňového rozhodnutí), což žalobce nečiní sporným. Minimální hodnota poskytování servisních služeb za 5 let tak činila 69 400 000 Kč bez DPH. V součtu s cenou plnění podle smlouvy o dílo na referenční zakázku, která činí 49 402 400 Kč bez DPH, tak nemůže být ani v teoretické rovině sporu o to, zda referenční zakázka požadavek na finanční objem ve výši 90 000 000 Kč bez DPH dosáhla. Zdejší soud tak považuje i tuto námitku za nedůvodnou.
51. Je třeba tedy uzavřít, že zdejší soud napadené rozhodnutí neshledal nezákonným ani věcně nesprávným. S ohledem na výše uvedené dospěl zdejší soud k závěru, že žalovaný aplikoval správný právní předpis, v jeho mezích správnou právní normu, přitom pochybení, jež by mělo vliv na zákonnost napadeného rozhodnutí, se nedopustil ani při její aplikaci na zjištěný skutkový stav. Soud tak neshledal žádný z uplatněných žalobních bodů důvodným a nad rámec těchto uplatněných žalobních bodů nezjistil žádnou vadu, jež by atakovala zákonnost napadeného rozhodnutí a k níž by musel přihlížet z úřední povinnosti. Soud tedy žalobu jako nedůvodnou podle § 78 odst. 7 s.ř.s. zamítl.

VI. Náklady řízení

52. Soud rozhodl o nákladech řízení účastníků podle § 60 odst. 1 s.ř.s. Žalobce nebyl ve věci úspěšný, a proto mu nenáleží právo na náhradu nákladů řízení, to by náleželo procesně úspěšnému účastníkovi – žalovanému. Zdejší soud však nezjistil, že by žalovanému v souvislosti s řízením vznikly náklady přesahující rámec jeho běžné úřední činnosti, proto mu náhrada nákladů řízení nebyla přiznána.
53. Ve vztahu k osobám zúčastněným na řízení pak soud rozhodl tak, že nemají právo na náhradu nákladů řízení o žalobě. Osoba zúčastněná na řízení má právo na náhradu pouze těch nákladů, které jí vznikly v souvislosti s plněním povinnosti, kterou jí soud uložil; případně jí soud může z důvodů zvláštního zřetele hodných na návrh přiznat i náhradu dalších nákladů řízení (§ 60 odst. 5 s.ř.s.). V daném případě však žádná z těchto zákonem předvídaných situací nenastala.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze podat kasační stížnost ve lhůtě dvou týdnů ode dne jeho doručení. Kasační stížnost se podává ve dvou (více) vyhotoveních u Nejvyššího správního

soudu, se sídlem Moravské náměstí 6, Brno. O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud.

Lhůta pro podání kasační stížnosti končí uplynutím dne, který se svým označením shoduje se dnem, který určil počátek lhůty (den doručení rozhodnutí). Případně-li poslední den lhůty na sobotu, neděli nebo svátek, je posledním dnem lhůty nejbližší následující pracovní den. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Kasační stížnost lze podat pouze z důvodů uvedených v § 103 odst. 1 s.ř.s. a kromě obecných náležitostí podání musí obsahovat označení rozhodnutí, proti němuž směřuje, v jakém rozsahu a z jakých důvodů jej stěžovatel napadá, a údaj o tom, kdy mu bylo rozhodnutí doručeno.

V řízení o kasační stížnosti musí být stěžovatel zastoupen advokátem; to neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Brno dne 14. ledna 2021

Petr Šebek v.r.
předseda senátu