



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Zdeňka Kühna, soudkyně Michaely Bejčkové a soudce Ondřeje Mráky v právní věci žalobce: **Moravskoslezský kraj**, 28. října 117, Ostrava, zastoupeného advokátem Mgr. Martinem Látalem, Jana Babáka 2733/11, Brno, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, třída Kpt. Jaroše 7, Brno, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 3. 1. 2019, čj. ÚOHS-R0172/2018/VZ-00026/2018/322/PJe, v řízení o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 18. 2. 2021, čj. 30 Af 19/2019-115,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á**.
- II. Žádný z účastníků **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.

Odůvodnění:

[1] V této věci jde o to, zda byl Moravskoslezský kraj jako zadavatel oprávněn použít jednací řízení bez uveřejnění pro zakázku, která se týkala úpravy a rozšíření jeho stávajícího softwaru.

I. Popis věci

[2] Úřad pro ochranu hospodářské soutěže uložil Moravskoslezskému kraji svým rozhodnutím ze dne 12. 10. 2018 pokutu ve výši 200 000 Kč za přestupek podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (*zadavatel se dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, čímž ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele, a zadá veřejnou zakázku*). Konkrétně se kraj dopustil přestupku tím, že v říjnu 2017 zadal veřejnou zakázku *Správa identit krajské korporace* v jednacím řízení bez uveřejnění, i když pro to nebyly splněny zákonné podmínky (některá z výjimek podle § 63 citovaného zákona). Kraj tak učinil kvůli ochraně výhradních práv vybrané dodavatelky, společnosti NEWPS.CZ, ovšem nutnost poskytnout tuto ochranu vytvořil podle úřadu sám v důsledku svého předchozího postupu. V roce 2012 totiž zadal zakázku *Vnitřní integrace úřadu (analýza, systém správy identit, portál, integrační platforma)*, jejímž cílem bylo vytvořit návrh „*ICT architektury*“, tj. souhrnu softwarových nástrojů, které by umožňovaly efektivně řídit a plánovat služby kraje v oblasti informačních a komunikačních technologií (ICT). Jak plyne z analýzy,

kterou si kraj nechal zpracovat před zadáním navazující zakázky v roce 2017, podstatné části systému správy identit vytvořeného v roce 2012 jsou autorským dílem společnosti NEWPS. Zároveň je toto řešení uzavřené a společnost není ochotna zpřístupnit jeho zdrojové kódy. Kraj bude potřebovat technickou podporu k projektu až do roku 2020, společnost jej ovšem upozornila na to, že do díla nemůže zasahovat ani sám kraj, ani třetí strany, a pokud by se tak stalo, mohla by společnost odmítnout poskytovat projektu další technickou podporu.

[3] Kraj podal proti rozhodnutí úřadu rozklad, který však předseda úřadu zamítl dne 3. 1. 2019.

[4] Kraj napadl rozhodnutí o rozkladu žalobou; i tu krajský soud zamítl rozsudkem ze dne 18. 2. 2021.

II. Kasační stížnost kraje a vyjádření úřadu

[5] Proti rozsudku krajského soudu podal kraj kasační stížnost. Je nadále přesvědčen, že tu byl dán stav exkluzivity na straně dodavatelky a že sám kraj tuto situaci nezpůsobil účelovým jednáním, naopak exkluzivita společnosti NEWPS vznikla přirozeně. Klíčový bod 70 napadeného rozsudku považuje kraj za nepřesvědčivý: podobná argumentace by se totiž dala použít na každou zakázku v oblasti ICT, a jednací řízení bez uveřejnění by se tak stalo vyprázdněnou kategorií. Vždy je třeba zvažovat dvě okolnosti: 1. zda jde o proprietární software, nebo řešení upravené na míru konkrétnímu zákazníkovi („*kustomizované*“); a 2. do jaké míry si zadavatel mohl být vědom potřeby budoucího rozšíření softwarových funkcí. Systém správy identit je zákazníkům standardně dodáván na základě nevýhradních licencí a je velmi neobvyklé, že by dodavatel poskytl zdrojový kód a umožnil zásah do systému. Pokud by kraj zahrnul takový požadavek do původních zadávacích podmínek (v roce 2012), dopustil by se zřejmě diskriminace a také by se celé plnění prodražilo. Reálně je nemožné, aby měl kraj při zadávání původní zakázky být jen rámcovou představou o potřebě budoucího rozvoje pořizovaného řešení. Krom toho ani zpřístupnění zdrojových kódů a možnost zásahu třetích stran do systému nezaručují, že nějaká třetí osoba bude schopna zajistit rozvoj systému

[6] Dále kraj nesouhlasí s bodem 76 napadeného rozsudku. Není pravda, že by zadání zakázky v roce 2017 bylo jen reakcí na změnu legislativy: hlavním důvodem bylo vlastní interní uvážení kraje o nové koncepci krajské infrastruktury. I taková interní potřeba (nevyvolaná zvenčí) však může opravňovat zadavatele k použití jednacího řízení bez uveřejnění.

[7] Žalovaný úřad setrval na svém postoji a podpořil závěry krajského soudu, které ostatně plynou z ustálené judikatury správních soudů i Soudního dvora EU. Podle něj lze výjimečně povolit jednací řízení bez uveřejnění tam, kde zadavatel sice stav závislosti vytvořil, ale neměl jinou možnost, nebo bylo jisté, že nikdy žádnou navazující zakázku zadávat nebude (např. šlo o jednorázový projekt). Úřad se pozastavil nad tím, že zásadní dokument, jímž mohl kraj během správního řízení prokazovat svá tvrzení, tedy průzkum trhu vypracovaný v srpnu 2018, byl předložen až v řízení před soudem.

III. Právní hodnocení

pokračování

[8] Kasační stížnost není důvodná. Krajský soud se žalobě věnoval poctivě, ve svém rozsudku shrnul jak detailní okolnosti případu (body 53 až 60, 82 až 86 rozsudku), tak použitelnou judikaturu a konkrétně reagoval na žalobní námitky (zvláště body 64, 68 až 78; a 87 až 92 rozsudku). NSS se všemi jeho úvahami souhlasí a nepokládá za potřebné vše řečené opakovat; spíše jen zdůrazní to nejdůležitější.

[9] Nejprve je třeba upřesnit, že úřad nekladl kraji za vinu účelové jednání (tedy *úmysl* vymanit se z pravidel pro zadávací řízení). Jak přehledně shrnuje bod 67 napadeného rozsudku, zadavatelé se při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění mohou ocitnout v celkem čtyřech typových situacích. Jednou z nich je stav, v němž zadavatel vědomě způsobí stav exkluzivity; o ten tu ale nejde. Kraj byl potrestán za to, že sice mohl s ohledem na okolnosti případu očekávat potřebu navazujících plnění, ale uzavřel takovou smlouvu, která znemožní zadat navazující veřejnou zakázku jinak než v jednacím řízení bez uveřejnění (nejednal tedy úmyslně, nýbrž nedbale).

[10] Krajský soud ve svém rozsudku popsal důležité okolnosti, které nastaly mezi původní zakázkou a mezi zakázkou novou (body 53 až 57 rozsudku). Zde postačí zdůraznit:

- smlouva z roku 2012 byla uzavřena na období sedmi let od skončení realizační fáze (od roku 2014, tj. do roku 2020);
- v roce 2014 byla vytvořena *Strategie Krajského úřadu Moravskoslezského kraje do roku 2020*, která směřovala mj. k přijetí jednotných zásad řízení ICT uvnitř krajského úřadu a příspěvkových organizací kraje a k aktualizaci koncepce rozvoje ICT;
- v roce 2016 vznikl dokument *Vybrané pohledy korporátní architektury Moravskoslezského kraje*, který počítal se vznikem jednotného ICT systému na úrovni celé krajské korporace.

[11] Před zahájením zadávacího řízení na nyní spornou zakázku, v květnu 2017, zpracoval kraj *Analýzu způsobu zadávacího řízení veřejné zakázky Správa identit krajské korporace*. Podle ní již po roce 2010 začal kraj poskytovat sdílené služby pro své zřizované organizace a obce v kraji. Vzrostl tak počet uživatelů, které bylo nutné spravovat (celkem 26 tisíc uživatelů, zatímco původní zakázka z roku 2012 počítala se zhruba 5 tisíci uživateli). Také se změnila technologie provozované velkými organizacemi kraje (zvláště nemocnicemi). Konečně bylo nutné zapracovat i nové požadavky nařízení eIDAS a zákona o kybernetické bezpečnosti. V červnu 2017 potvrdil znalecký posudek, že stávající řešení správy identit nemůže rozšířit nikdo jiný než původní dodatelka NEWPS.

[12] Bod 70 napadeného rozsudku, s nímž kraj není spokojen, je podle NSS v pořádku. Krajský soud zde zdůraznil, že v oblasti ICT lze obecně předpokládat rozvoj a budoucí rozšiřování předmětu plnění a zadavatel musí být obzvláště obezřetný, pokud uzavírá smlouvu minimálně na dalších osm let (do roku 2020). Kraj namítá, že taková argumentace se dá použít téměř na jakoukoli zakázku z oboru ICT a že takto široké pojetí by prakticky znemožňovalo vůbec kdy použít jednací řízení bez uveřejnění. NSS ale připomíná, že tento druh zadávacího řízení *má* být výjimkou z pravidla, ojedinělým případem. (K tomu krajský soud správně poukázal na evropskou směrnici o zadávání veřejných zakázek^{*)} včetně její preambule, která podmiňuje tuto výjimku situací *objektivní výlučnosti*, a na

^{*)} Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES.

judikaturu NSS i svou vlastní, která se nese v podobném duchu. Za všechny lze citovat rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2018, čj. 2 As 292/2017-34, bod 18.)

[13] Jak úřad, tak krajský soud v této věci zhodnotily konkrétní okolnosti původní i navazující zakázky, nemohly však dospět k závěru, že by se právě o takový výjimečný případ jednalo. Vycházely přitom ze všech skutečností, které na svou obranu uváděl kraj – což je v tomto typu řízení ostatně jeho povinností – a konkrétně zhodnotily tvrzení i listiny, které jim k tomu předložil (rozsudky NSS ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS, a ze dne 31. 8. 2015, čj. 8 As 149/2014-68, *Fakultní nemocnice Olomouc*, bod 38).

[14] Kraj se ve správním řízení nijak nezmínil o průzkumu trhu, který si nechal zpracovat v létě 2018 (půl roku před vydáním rozhodnutí o rozkladu), a předložil jeho výsledek až během řízení o žalobě. Krajský soud se jím přesto vstřícně zabýval (bod 92 jeho rozsudku) a dospěl ke správnému závěru, že ani obsah tohoto průzkumu není s to prokázat ekonomickou výhodnost zvoleného řešení. Obecně je však třeba připomenout, že zadavatel by měl sdělovat své konkrétní pohnutky pro volbu jednacímho řízení bez uveřejnění, o nichž může vědět jen on sám, především úřadu (rozsudek NSS ze dne 12. 3. 2020, čj. 10 As 372/2019-56, bod 18), a nikoli až soudu. Úřad pak posoudí, zda jeho jednání naplnilo skutkovou podstatu přestupku, nebo ne. Nelze ale od soudu žádat, aby označil za nezákonné závěry úřadu, pokud sám zadavatel neposkytl úřadu před vydáním rozhodnutí všechny potřebné informace.

[15] V kasační stížnosti kraj poukázal na dvě okolnosti, které jsou při hodnocení zákonnosti jednacímho řízení bez uveřejnění podstatné. O první z nich – totiž o potřebě rozlišovat mezi proprietárním a „*kustomizovaným*“ softwarem – se však nejen že nezmínil ve správním řízení, ale dokonce ji nepřinesl ani před krajský soud. Touto okolností se tak NSS zabývat nemůže (§ 109 odst. 5 s. ř. s.). Ve vztahu k druhé okolnosti (zda si zadavatel mohl být vědom potřeby budoucího rozšíření softwarových funkcí) ani NSS nenašel nic, co by svědčilo o výjimečnosti situace nynějšího zadavatele. Pokud by soud uznal, že kraj nemohl tuto budoucí potřebu aspoň v nějaké podobě předvídat (i když uzavíral zakázku v oblasti ICT, jejíž výsledky měly sloužit minimálně dalších osm let), dostával by se tím k opačné krajnosti: každý zadavatel by napříště mohl říci, že ani u dlouhodobé softwarové zakázky zkrátka nepomyslel na budoucí vývoj, a mohl by tak použít jednacím řízení bez uveřejnění čistě podle svého uvážení.

[16] Soud nepokládá za nutné vyvracet, že u nevýhradních licencí dodavatelé zpravidla neposkytují zdrojový kód. I pokud tomu tak je, nemůže to být dostatečným důvodem pro to, aby zadavatel na počátku nezvolil otevřenější způsob zadávacímho řízení. Kdyby se skutečně žádný zájemce nepřihlásil, mohl by pak zadavatel jít cestou jednacímho řízení bez uveřejnění už bez obav [viz § 63 odst. 1 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek, který tento způsob umožňuje, pokud v otevřenějším řízení nebyly podány žádné nabídky]. Jak však plyne z onoho průzkumu z léta 2018, bývali by se přihlásili *dva* zájemci. Že by takové plnění bylo dražší, je možné; ekonomickou výhodnost je však nutné hodnotit komplexně (bod 88 napadeného rozsudku) – s vědomím toho, že zadavatel připoutaný k *jedinému* dodavateli už nebude mít, vznikne-li potřeba budoucího rozšíření, *nikdy* (z povahy věci) možnost volit mezi různými navazujícími dodavateli (kteří by nejspíš nabízeli své plnění za různou cenu). Za spíše spekulativní považuje soud úvahu kraje, podle

pokračování

níž by bylo nepřiměřené povaze původní zakázky žádat od dodavatele i zdrojový kód a kraj by se tím dopustil diskriminace dodavatelů.

[17] Kraj se v otázce, nakolik lze předvídat budoucí potřebu, dovolává rozsudku NSS ze dne 21. 6. 2016, čj. 1 As 256/2015-95, č. 3436/2016 Sb. NSS, *Dopravní podnik hl. m. Prahy*, a jeho bodu 102, který cituje. Citovaná pasáž však je ve skutečnosti sama jen citací staršího rozsudku NSS ze dne 11. 1. 2013, čj. 5 Afs 42/2012-53, č. 2790/2013 Sb. NSS. V tomto starším rozsudku soud připustil jednací řízení bez uveřejnění v situaci, kdy v průběhu životnosti softwaru nastane *objektivní* a nepředvídatelná změna a kdy původní software má splnit jen přesně stanovené úkoly a po uplynutí doby životnosti má být vyřazen. Jak poté zdůraznil novější rozsudek ve věci *Dopravního podniku hl. m. Prahy* (v němž pokuta uložená zadavateli obstála), tato výjimka je vázána na stav, kdy zadavatel *nemohl rozumně očekávat*, že projekt bude potřeba v budoucnu upravit. V nynější věci o takovýto stav nejde.

[18] NSS krom toho nesouhlasí s tím, jak kraj vykládá jeho rozsudek ve věci *Dopravního podniku hl. m. Prahy* v námitce týkající se bodu 76 nyní napadeného rozsudku. NSS tehdy sice nedal za pravdu zadavateli v konkrétní věci, ale důvodem bylo podle kraje to, že zadavatel měl už v době zadávání původní zakázky dostatečně jasnou představu o budoucí potřebě rozvoje systému (projektu univerzální čipové karty Pražana, tzv. Opencard). Kraj z toho dovozuje, že pro hodnocení zákonnosti jednacího řízení bez uveřejnění jsou důležité i interní potřeby zadavatele; neplatí podle něj, že zákonné bude jen takové jednací řízení bez uveřejnění, které bylo vynuceno vnějšími objektivními okolnostmi. Tím však krajský soud poněkud posouvá logiku dosavadní judikatury. Jistě že použít jednací řízení bez uveřejnění nemůže ten, kdo již v době zadávání původní zakázky *prokazatelně předvídal* budoucí potřebu změn. Z toho ale nijak neplyne závěr, že kdo tuto potřebu *nepředvídal*, použít tento způsob zadávání může. V celé této věci se řeší otázka subtilnější, totiž zda ona potřeba byla *předvídatelná*. NSS zde souhlasí s ostatními orgány, že kraj ji předvídat *mohl a měl*.

[19] Ostatně sám kraj otevřeně – což soud oceňuje – sděluje, že rozvoj správy identit nebyl ani tak vynucen novými zákonnými požadavky, jako byl důsledkem jeho *interního* uvážení o nové koncepci celokrajské infrastruktury. Je-li však vlastním důvodem přísného přístupu k jednacímu řízení bez uveřejnění snaha o co nejotevřenější hospodářskou soutěž, není možné, aby si pravidla soutěže nastavoval každý zadavatel sám podle svých momentálních potřeb. Kraj se nepochybně mohl až *ex post* rozhodnout (i když jej k tomu nic nenutilo), že systém správy identit, který původně plánoval jako užší, rozšíří i do dalších institucí. Samotná tato jeho úvaha jej ale nemůže vyvázat z pravidel, jimiž se spravují různé typy zadávacích řízení.

[20] Námitka, podle níž mohou náklady na převzetí a úpravu softwaru třetí strany výrazně převýšit náklady na vývoj nové aplikace, je opět spíše hypotetická. Kraj vůbec neumožnil (tím, že na počátku nezískal zdrojový kód ani možnost třetích stran jinak zasahovat do díla), aby jakákoli třetí strana (odlišná od dodavatelky NEWPS) mohla mít se softwarem co do činění. Sám nyní dává najevo, že tehdy na potřebu budoucích změn nepomyslel. Důvodem jeho tehdejšího postupu byla nedostatečná předvídavost, nikoli promyšlená úvaha o ekonomických důsledcích toho či onoho řešení.

[21] Kraj konečně k otázce odpovědnosti zadavatele a rozložení důkazní povinnosti cituje z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 2. 2020, čj. 31 Af 18/2018-31, jímž bylo zrušeno rozhodnutí o pokutě v podobné věci. Je však třeba upřesnit, že pasáž, jíž se kraj dovolává, nepředstavuje vlastní rozhodovací důvody rozsudku, ale jen obecné úvahy (napadené správní rozhodnutí zde bylo zrušeno kvůli procesním vadám správního řízení a nedostatečně zjištěnému skutkovému stavu). I proto se NSS, když zamítl kasační stížnost proti tomuto rozsudku, odmítl k těmto úvahám vůbec vyjádřit (rozsudek ze dne 13. 1. 2021, čj. 1 Afs 108/2020-44). Kraj se v závěru kasační stížnosti vrací k hlavní myšlence v jejím úvodu a nadále tvrdí, že nelze zakládat předvídatelnost jen na kritériích *oblast ICT a dlouhodobý projekt*. Sám ale nenabízí žádná kritéria vhodnější – podle něj postačuje, aby si zadavatel v průběhu času rozmyslel svůj původní přístup. Taková subjektivní okolnost, zvenčí nijak nekontrolovatelná, ale objektivním kritériem být nemůže.

IV. Závěr a náklady řízení

[22] Kraj se svými námitkami neuspěl, a NSS proto kasační stížnost zamítl. Kraj nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměl úspěch (§ 60 odst. 1 s. ř. s.); žalovanému úřadu nevznikly náklady řízení vymykající se z běžné úřední činnosti.

Poučení: Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 28. prosince 2022

Zdeněk Kühn
předseda senátu