



ČESKÁ REPUBLIKA

ROZSUDEK JMÉNEM REPUBLIKY

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátu složeném z předsedy Filipa Dienstbiera a soudců Jana Kratochvíla (soudce zpravodaj) a Tomáše Langáška ve věci žalobkyně: **IBM Česká republika, spol. s r. o.**, sídlem V Parku 4, Praha 4, zastoupena advokátem Mgr. Františkem Korbelem, Ph.D., sídlem Na Florenci 15, Praha 1, proti žalovanému: **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže**, sídlem tř. Kpt. Jaroše 7, Brno, za účasti osob zúčastněných na řízení: **I) Česká republika – Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových**, sídlem Rašínovo nábřeží 42, Praha 2 a **II) TESCO SW a.s.**, sídlem tř. Kosmonautů 1, Olomouc, proti rozhodnutí předsedy žalovaného ze dne 24. 8. 2020, č. j. ÚOHS-26254/2020/321/VJu, o kasační stížnosti žalobkyně proti rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 14. 1. 2021, č. j. 62 Af 59/2020-129,

t a k t o :

- I. Kasační stížnost **s e z a m í t á**.
- II. Žalobkyně **n e m á** právo na náhradu nákladů řízení.
- III. Žalovanému **s e n e p ř i z n á v á** náhrada nákladů řízení.
- IV. Osoby zúčastněné na řízení **n e m a j í** právo na náhradu nákladů řízení.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci

[1] V tomto rozsudku se Nejvyšší správní soud zabýval zejména otázkou, za jakých podmínek zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, od zadavatelů vyžaduje, aby posuzovali, zda dodavatelé budou při plnění veřejné zakázky dodržovat právní předpisy.

[2] Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových (osoba zúčastněná na řízení I, zadavatel) zadal v otevřeném řízení veřejnou zakázku na poskytnutí a provozování majetkového a ekonomického modulu informačního systému (ISMS). Předmětem zakázky podle zadávací dokumentace bylo poskytování služeb ISMS a všech s tím souvisejících činností. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla 400 mil. Kč. Úřad jako jednu z podmínek stanovil, že dodavatel v období pěti let před zahájením zadávacího řízení poskytl alespoň jednu významnou službu v oblasti zajištění informačních systémů. Finanční objem této služby musel činit alespoň 90 mil. Kč.

[3] Do zadávacího řízení se přihlásila žalobkyně (stěžovatelka) a společnost TESCO SW a.s. (osoba zúčastněná nařízení II). Nabídková cena stěžovatelky byla 433 mil. Kč a nabídková cena společnosti TESCO SW byla 288 mil. Kč. Úřad pro zastupování státu ve věcech majetkových jako dodavatele vybral společnost TESCO SW. Námitky stěžovatelky proti tomuto výběru odmítl.

[4] Žalovaný rozhodnutím ze dne 27. 5. 2020, č. j. ÚOHS-15661/2020/523/Jma, zamítl návrh stěžovatelky na uložení nápravných opatření. Žalovaný především uvedl, že zadavatel nepochybil, pokud neshledal, že nabídnutá cena společností TESCO SW je mimořádně nízká. Shledal, že zadavatel se cenovými relacemi, ve kterých by se potenciální dodavatelé mohli se svými nabídkovými cenami pohybovat, poměrně podrobně zabýval. Provedl předběžné tržní konzultace a nechal si zpracovat „Studii řešení ISMS po roce 2019“. Na základě těchto informací očekával nabídkovou cenu v rozmezí 120 – 400 mil. Kč. Předpokládanou hodnotu zakázky stanovil podle stávajícího řešení poskytovaného stěžovatelkou. Rozdíl mezi předpokládanou hodnotou a nabídkovou cenou vybraného dodavatele nedosahuje ani 30 %. Pokud zadavatel neshledal, že by některý z dodavatelů nabídl mimořádně nízkou cenu, nebyl povinen požádat dodavatele o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny dle § 113 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek.

[5] Žalovaný dále dospěl k závěru, že společnost TESCO SW splnila kvalifikační požadavek poskytnutí služby potřebného rozsahu v předchozích pěti letech. Jednalo se o službu vytvoření, dodávky a implementace aplikace MS2014+ pro Ministerstvo pro místní rozvoj. Tato služba byla realizována v odpovídající kvalitě. Zpráva Ministerstva financí a kontrolní závěr Nejvyššího kontrolního úřadu, které shledaly určité nedostatky z hlediska funkčnosti systému, neposkytují podklad pro opačný závěr. Nijak z nich neplyne, že by nedostatky vznikly pochybením na straně vybraného dodavatele, či že by vybraný dodavatel veřejnou zakázku jinak neplnil řádně a včas. Ministerstvo pro místní rozvoj potvrdilo, že zakázka byla realizována řádně.

pokračování

[6] Žalovaný neakceptoval ani námitku stěžovatelky, že vybraný dodavatel nebude objektivně schopen splnit veřejnou zakázku bez poskytnutí její součinnosti. Není na žalovaném, aby při přezkoumání úkonů zadavatele podle § 249 a následujících zákona o zadávání veřejných zakázek hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených v zadávací dokumentaci. V každém případě žalovaný nebyl přesvědčen, že vybraný dodavatel bude muset nutně porušit práva duševního vlastnictví stěžovatelky či jiných osob při migraci dat do nového systému.

[7] Předseda žalovaného zamítl rozklad stěžovatelky proti prvostupňovému rozhodnutí. Předseda žalovaného shrnul, že zadavatel neměl důvod se domnívat, že byla nabídnuta mimořádně nízká cena. Není také znám konkrétní postup provedení migrace dat, který má být určen až v rámci plnění veřejné zakázky. Nebylo tedy prokázáno, že by provedení primární migrace dat nezbytně zasáhlo do práv stěžovatelky, a jednalo se tak o plnění právně či fakticky nemožné.

[8] Krajský soud v Brně žalobu stěžovatelky zamítl. Předně neshledal, že by správní orgány pochybily, pokud nezkoumaly namítané porušení autorských práv při realizaci zakázky. Uvedl, že k posuzování otázky možného porušení právních předpisů při plnění předmětu veřejné zakázky, vyjma případu § 113 zákona o zadávání veřejných zakázek, nemá žalovaný pravomoc.

[9] Krajský soud neshledal ani, že by nabídková cena vybraného dodavatele byla mimořádně nízká. Zadavatel opřel své závěry o „Studii řešení ISMS po roce 2019“ a informace získané v rámci předběžných tržních konzultací. Neshledal-li zadavatel nabídkovou cenu vybraného dodavatele jako mimořádně nízkou, neměl povinnost postupovat podle § 113 odst. 4 zákona o zadávání veřejných zakázek a žádat po vybraném dodavateli zdůvodnění nabídkové ceny. Na uvedeném nic nemění ani zadavatelem stanovená výše předpokládané hodnoty zakázky. 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. Dodal, 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 žalobkyně evidentní, což není.

II. Obsah kasační stížnosti a vyjádření žalovaného

[10] Stěžovatelka se proti rozsudku krajského soudu bránila kasační stížností z důvodů dle § 103 odst. 1 písm. a) a d) soudního řádu správního. Konkrétně vznesla tři kasační námitky:

1. Krajský soud nesprávně posoudil otázku mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného dodavatele.
2. Vybraný dodavatel předložil nabídku, která porušuje právní předpisy.
3. Vybraný dodavatel neprokázal technickou kvalifikaci pro zakázku.

[11] Žalovaný navrhl kasační stížnosti zamítnout. Odkázal na odůvodnění svých rozhodnutí a rozsudku krajského soudu.

[12] Obě osoby zúčastněné na řízení navrhly kasační stížnost zamítnout. Ztotožnily se se závěry krajského soudu.

III. Právní hodnocení

[13] Úvodem k obecné kasační námitce Nejvyšší správní soud konstatuje, že napadený rozsudek je přezkoumatelný. Je z něj patrné, na základě jakých důkazů a skutkového stavu, jakož i právních úvah krajský soud dospěl ke svým závěrům (k otázce nepřezkoumatelnosti srov. rozsudky NSS ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Ads 58/2003-75; ze dne 8. 4. 2004, č. j. 4 Azs 27/2004-74; nebo ze dne 18. 10. 2005, č. j. 1 Afs 135/2004-73). Dále se Nejvyšší správní soud bude postupně věnovat jednotlivým kasačním námitkám.

Mimořádně nízká nabídková cena

[14] Podle § 28 odst. 1 písm. o) zákona o zadávání veřejných zakázek mimořádně nízkou nabídkovou cenou je nabídková cena nebo náklady uvedené účastníkem zadávacího řízení, které se jeví jako mimořádně nízké ve vztahu k předmětu veřejné zakázky.

[15] Zadavatel, správní orgány ani krajský soud nedospěli k závěru, že by společnost TESCO SW nabídla mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Dle Nejvyššího správního soudu jsou jejich závěry přesvědčivé. Je nutno připomenout, že v rámci předběžných tržních konzultací oslovený dodavatel odhadl cenu na 120-160 mil. Kč. Ze studie řešení ISMS, kterou si zadavatel nechal zpracovat, vyplývalo, že náklady na obdobný systém v zahraničí byly necelých 100 mil. Kč. Pokud zadavatel na základě zpracované studie a předběžných tržních konzultací předpokládal cenu v rozmezí 120 – 400 mil. Kč, nebyl skutečně důvod, aby nabídnutá cena 288 mil. Kč vyvolala jakékoliv pochybnosti, že by mělo jít o mimořádně nízkou cenu.

[16] K závěru o mimořádně nízké ceně nelze dospět pouze srovnáním s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky. Její účel je jiný, a to zejména stanovit režim veřejné zakázky (§ 24 a následující zákona o zadávání veřejných zakázek). V tomto ohledu nakonec určité nadhodnocení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je ve prospěch kvality soutěže o veřejnou zakázku. Může se dostat do jiného režimu, který je více otevřený. Obdobně odborná literatura uvádí, že skutečnosti, jako například poměr k předpokládané hodnotě veřejné zakázky či k nabídkovým cenám ostatních účastníků řízení, mohou být pouze indikátorem výskytu mimořádně nízké nabídkové ceny, nikoli však jejím měřítkem (ŠEBESTA, Milan a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2022, s. 853).

[17] V každém případě i ve srovnání s předpokládanou hodnotou se nabídnutá cena nejeví jako mimořádně nízká. Nabídnutá cena je 72 % předpokládané hodnoty. To není mimořádně nízké ani ve světle dřívější praxe žalovaného, na kterou odkazuje stěžovatelka.

pokračování

Tam za indikátor mimořádně nízké ceny byla považována cena nižší než 70 % předpokládané hodnoty.

[18] V konkrétním případě je také nutné vzít v potaz, že zadavatel předpokládanou hodnotu zakázky stanovil podle ceny stávajícího řešení poskytovaného stěžovatelkou. Na základě závěrů kontrolní akce Nejvyššího kontrolního úřadu se však domníval, že tato cena je vysoce nadhodnocená. I z tohoto důvodu nebylo tedy překvapivé, že nabídnutá cena jiným dodavatelem byla nižší než takto stanovená hodnota zakázky.

[19] Ve vztahu k cenám jiných dodavatelů je nutno poznamenat, že soutěže se zúčastnil již pouze jeden další dodavatel, a to stěžovatelka. Cenu nabídnutou společností TESCO SW není tedy možno, kromě ceny stěžovatelky, s jinou nabídkou srovnat. Srovnávacích vzorků je malý počet, aby toto srovnání mohlo být indikátorem mimořádně nízké ceny. Pokud jsou nabídnuté ceny pouze dvě, nelze vyloučit, že vyšší cena může být naopak cenou „mimořádně vysokou“.

Povinnost zkoumat, zda dodavatel hodlá dodržet právní předpisy

[20] Stěžovatelka dále namítá, že vybraný dodavatel nebude schopen zakázku realizovat, aniž by porušil její práva duševního vlastnictví. Správní orgány i krajský soud však dospěly k závěru, že nebylo povinností zadavatele tuto otázku zkoumat. Nejvyšší správní soud s nimi v tomto případě souhlasí.

[21] Zákon o zadávání veřejných zakázek zadavateli nestanovuje obecnou povinnost při výběru dodavatele kontrolovat, zda dodavatel při realizaci bude dodržovat všechny právní předpisy včetně práva duševního vlastnictví. Podle § 48 odst. 5 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud plnění nabízené dodavatelem by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí, sociálních nebo pracovněprávních předpisů nebo kolektivních smluv vztahujících se k předmětu plnění veřejné zakázky. Porušení jakých předpisů má zadavatel zkoumat, tu je uvedeno taxativně a nelze je rozšiřovat.

[22] Obecná povinnost zkoumat možné porušení všech právních předpisů nevyplývá ani z obecných ustanovení zákona o zadávání veřejných zakázek. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace. Z toho lze těžko takto široce pojatou obecnou povinnost dovodit.

[23] Tato obecná povinnost nevyplývá ani z žádného ustanovení směrnice č. 2007/66/ES, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek. Nakonec ani stěžovatelka na konkrétní ustanovení této směrnice neodkazuje. Argumentuje pouze principem účinného opravného prostředku. Z něj ovšem neplyne, že vyžaduje po zadavatelích, respektive žalovaném, aby pečlivě ex ante zkoumal, jak bude dodavatel plnit veřejnou zakázku a zda při ní nebude porušovat právní předpisy.

[24] Zadavatel, ani žalovaný nemůže nahrazovat dozorovou činnost všech možných orgánů. Nemůže již předem zkoumat, zda je možné, aby zakázka byla realizována, aniž by byly porušeny právní předpisy třeba na poli ochrany duševního vlastnictví. K tomu nemá pravomoci ani znalosti a expertízu. Zákon nutně vychází z předpokladu, že zadavatel veřejné zakázky nebude při její realizaci porušovat právní předpisy. To dle soudu není nedůvodný předpoklad, neboť běžné je právní předpisy neporušovat. Pokud tomu tak v konkrétním případě nebude, je na posouzení příslušných orgánů nebo dotčených subjektů v době plnění veřejné zakázky. V ten moment to bude možno také lépe posoudit, než tuto otázku zkoumat předem, kdy je do značné míry pouze hypotetická.

[25] Zákon o zadávání veřejných zakázek stanoví obecnou povinnost zadavatele posoudit, zda při plnění veřejné zakázky dodavatel zajistí dodržování povinností vyplývajících z právních předpisů pouze v rámci institutu mimořádně nízké nabídkové ceny. V této situaci má tato otázka přímý a zřetelný vliv na férovost soutěže o veřejnou zakázku. Pokud by dodavatel nabídl mimořádně nízkou nabídkovou cenu z důvodu, že již předem předpokládá porušení právních předpisů při realizaci zakázky, skutečně by to bylo v rozporu se zákonem o zadávání veřejných zakázek a soutěž by nebyla férová. Podle § 113 odst. 4 tohoto zákona zadavatel požádá účastníka zadávacího řízení o písemné zdůvodnění způsobu stanovení mimořádně nízké nabídkové ceny. V žádosti o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny musí zadavatel požadovat, aby účastník zadávacího řízení potvrdil, že 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. Porušením předpisů zde samozřejmě může být i porušení práv duševního vlastnictví. V tom lze stěžovatelce přisvědčit.

[26] Podstatné však je, že tato povinnost je iniciována až v momentě, kdy zadavatel dospěje k závěru, že dodavatel nabídl mimořádně nízkou cenu. V daném případě však zadavatel, správní orgány, krajský soud i Nejvyšší správní soud dospěli k závěru, že TESCO SW nenabídlo mimořádně nízkou nabídkovou cenu. Postup podle § 113 zákona o zadávání veřejných zakázek, včetně zkoumání, zda u této nabídky musí nutně dojít při plnění k protiprávnímu jednání, se tedy správně vůbec neinicioval.

[27] Nejde přitom o žádnou zvrácenou logiku či argumentaci kruhem, jak argumentuje stěžovatelka v kasační stížnosti. Krajský soud naopak zcela správně rozhodl, že dispozice právní normy v § 113 zákona o zadávání veřejných zakázek (zkoumání, zda dodavatel nebude při plnění veřejné zakázky porušovat právní předpisy) nemůže nastat, pokud není splněna hypotéza normy (zadavatel nabídl mimořádně nízkou nabídkovou cenu).

[28] Nejvyšší správní soud v nyní posuzovaném případě považuje za podstatné, že z nabídky společnosti TESCO SW nebylo porušení právních předpisů při realizaci zakázky zjevné. Předmětem veřejné zakázky bylo poskytnutí a provozování ISMS. Způsob vytvoření tohoto systému včetně naplnění daty, které jsou ve vlastnictví zadavatele, byl otázkou realizace zakázky a byl tedy na volbě dodavatele. Součástí nabídky nebyl způsob migrace dat, který by na první pohled porušil autorská práva stěžovatelky. Nejvyšší správní soud tedy nepovažuje pro projednávaný případ za podstatné, jak by měl zadavatel postupovat, pokud by nabídnutá cena nebyla mimořádně nízká, ale bylo by na první

pokračování

pohled zjevné, že dodavatel při realizaci zakázky hodlá porušit právní předpisy, a to jiné než uvedené v § 48 odst. 5 písm. a) zákona o zadávání veřejných zakázek. Taková situace v tomto případě nenastala.

[29] Nad rámec právě uvedeného Nejvyšší správní soud konstatuje, že nespatřuje žádnou vadu ani v úsudku krajského soudu, že předjímání 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. Veřejná zakázka se týkala provozu informačního systému, který musel být naplněn daty. Jakým způsobem má k vložení dat do systému dojít, bylo právě otázkou pro dodavatele veřejné zakázky. Pokud stěžovatelka namítá, že k migraci dat ze stávajícího systému do nového nemůže dojít bez porušení jejích práv duševního vlastnictví jako dosavadního dodavatele informačního systému, není Nejvyššímu správnímu soudu zřejmé, kam taková argumentace směřuje. Pokud naznačuje, že žádný jiný dodavatel nemůže zakázku splnit bez její součinnosti, vedlo by to k popření samotné podstaty soutěže o veřejnou zakázku, které se stěžovatelka dovolává. Jednalo by se o situaci neférového a nepřípustného zvýhodnění stěžovatelky při zadávání veřejné zakázky na daný informační systém.

[30] Rozsudek krajského soudu není ani vnitřně rozporný, pokud krajský soud na jedné straně tvrdí, že žalovaný nemůže suplovat dozorové orgány, a na druhé straně uvádí, že má pravomoc posuzovat porušení povinností vyplývajících z právních předpisů. Druhou úvahu krajský soud učinil právě v kontextu § 113 zákona o zadávání veřejných zakázek, jak je zřejmé z celého textu bodu 18 rozsudku. Stěžovatelka v kasační stížnosti ve své citaci rozsudku opomenula právě část věty, která § 113 explicitně zmiňuje a v důsledku toho došlo k pozměnění jejího smyslu. Krajský soud zcela jasně a srozumitelně vyslovil správný názor, že povinnost zkoumat možné porušení právních předpisů při plnění veřejné zakázky nastává pouze v situaci předvídané § 113 zákona o zadávání veřejných zakázek.

Vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci pro zakázku

[31] Stěžovatelka nakonec zpochybňuje, že vybranému dodavateli byla uznána jako referenční služba vytvoření, dodávky a implementace aplikace MS2014+ pro Ministerstvo pro místní rozvoj. Odkazuje na zprávu Ministerstva financí a kontrolní závěr Nejvyššího kontrolního úřadu, které shledaly určité nedostatky z hlediska funkčnosti systému.

[32] Krajský soud tyto dokumenty ve svém rozsudku zohlednil. Konstatoval, že z kontrolního závěru Nejvyššího kontrolního úřadu se vskutku podává, že aplikace MS2014+ nefungovala zcela bezproblémově. Jak vyplývá ze správního spisu, zadavatel nicméně u Ministerstva pro místní rozvoj sám ověřil, zda zakázka byla řádně splněna. Z dopisu ministerstva vyplynulo, že společnost TESCO SW zakázku realizovala v odpovídající kvalitě. Krajský soud se zabýval i možnou „podjatostí“ ministerstva, kterou neshledal. Nejvyšší správní soud s vypořádáním těchto námitek krajským soudem souhlasí a v podrobnostech na ně odkazuje.

[33] Žalovaný i krajský soud se přesvědčivě vypořádali se situací, kdy tu existuje jistý rozpor mezi více důkazy o tom, zda společnost TESCO SW splnila referenční službu

řádně. Stěžovatelka míní, že větší váha měla být přiznána závěrům Nejvyššího kontrolního úřadu. Správní orgány a krajský soud se však opřely o názor Ministerstva pro místní rozvoj. Jejich úvahy v rámci volného hodnocení důkazů jsou plně přezkoumatelné a přesvědčivé. Nelze jim nic vytknout. Nejvyšší správní soud tedy nepřisvědčil ani této kasační námitce.

IV. Závěr a náklady řízení

[34] S ohledem na výše uvedené Nejvyšší správní soud zamítl kasační stížnost jako nedůvodnou (§ 110 odst. 1 věta poslední soudního řádu správního).

[35] O náhradě nákladů řízení rozhodl podle § 60 odst. 1 a 7 za použití § 120 soudního řádu správního. Stěžovatelka nemá právo na náhradu nákladů řízení o kasační stížnosti, neboť ve věci neměla úspěch; žalovanému náklady řízení nad rámec běžné úřední činnosti nevznikly.

[36] Osoby zúčastněné na řízení právo na náhradu nákladů řízení nemají. Soudy jim neuložily žádné povinnosti a ani nebyl dán jakýkoli důvod hodný zvláštního zřetele, pro který by jim Nejvyšší správní soud právo na náhradu nákladů přiznal (§ 60 odst. 1, 5 ve spojení s § 120 soudního řádu správního).

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

V Brně dne 17. ledna 2023

JUDr. Filip Dienstbier Ph.D.
předseda senátu