



ČESKÁ REPUBLIKA

**ROZSUDEK
JMÉNEM REPUBLIKY**

Nejvyšší správní soud rozhodl v senátě složeném z předsedy Mgr. Radovana Havelce a soudců Mgr. Michala Bobka a JUDr. Jaroslava Vlašína v právní věci žalobkyně: **Česká informační agentura životního prostředí**, se sídlem Moskevská 1523/63, Praha 10, zast. Mgr. Matějem Váchou, advokátem se sídlem Újezd 450/40, Praha 1, proti žalovanému: **Generální finanční ředitelství**, se sídlem Lazarská 15/7, Praha 1, o kasační stížnosti žalobce proti rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 14. 9. 2022, č. j. 14 Af 55/2021 - 115,

t a k t o :

- I. Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 14. 9. 2022, č. j. 14 Af 55/2021 - 115, **se ruší.**
- II. Rozhodnutí žalovaného ze dne 22. 10. 2021, č. j. 69322/21/7700-40500-501895, **se ruší** a věc **se vrací** žalovanému k dalšímu řízení.
- III. Žalovaný **je povinen** uhradit žalobkyni náhradu nákladů řízení o žalobě a o kasační stížnosti ve výši 24 456 Kč, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku k rukám zástupce žalobkyně Mgr. Matěje Váchy, advokáta.

O d ů v o d n ě n í :

I. Vymezení věci a předcházející řízení

[1] Žalobkyně čerpala dotace na zhotovení tří informačních systémů zpracovávajících data o životním prostředí. Zadáním zakázek na realizaci uvedených systémů v rozporu dotačními podmínkami a předpisy na úseku zadávání veřejných zakázek měla porušit rozpočtovou kázeň, v důsledku čehož jí byl uložen odvod na část poskytnutých peněžních

prostředků. V projednávané věci je posuzována otázka naplnění podmínek pro zadání (části) veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh podle § 23 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění do 31. 12. 2009 (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), a to s ohledem na specifický sektor dodávek komplexních informačních systémů. Dle názoru daňových orgánů nebyla v případě dodání hardwaru a softwarových licencí naplněna především podmínka funkčního vztahu zakázky zadané na základě jednacím řízení bez uveřejnění s předcházející soutěží o návrh.

[2] Žalobkyně je příspěvková organizace zřízená Ministerstvem životního prostředí. V roce 2010 čerpala peněžní prostředky poskytnuté z veřejných rozpočtů v rámci Operačního programu Životní prostředí, a to na projekt „*Celostátní informační systém pro sběr a hodnocení informací o znečištění životního prostředí*“, CZ.1.02/5. 1. 00/09.03718 (dále „projekt“). Jednalo se o prostředky poskytnuté ze Státního fondu životního prostředí (dále „SFŽP“) na základě rozhodnutí ministra životního prostředí č. 09030775-SFŽP (ze dne 24. 11. 2009), respektive smlouvy č. 09030775 (ze dne 22. 6. 2010) o poskytnutí podpory ze SFŽP, ve znění následně uzavřených dodatků (dále „smlouva SFŽP!“), dále o prostředky poskytnuté ze státního rozpočtu [předfinancování prostředků následně poskytovaných z Evropského fondu pro regionální rozvoj (dále „ERDF“)], a to základě rozhodnutí Ministerstva životního prostředí o poskytnutí dotace ze dne 23. 6. 2010, č. 115V232000005/2, ve znění rozhodnutí č. 115V232000005/6 a 115V232000005/8 (dále „Rozhodnutí o poskytnutí dotace“). Celkově byla žalobkyni poskytnuta z ERDF dotace ve výši 155 183 668,7 Kč (což činilo 85 % zdrojů financování projektu) a ze SFŽP dotace ve výši 9 128 451,1 Kč (což činilo 5 % zdrojů financování projektu). Prostředky byly poskytnuty *ex ante*.

[3] Projekt zahrnoval zhotovení tří samostatně fungujících informačních systémů: „*Integrovaný systém plnění oblašovací povinnosti*“ (informační systém shromažďující údaje o znečištění prostředí, dále „ISPOP“), „*Geoportál*“ (internetová aplikace prezentující informace o životním prostředí) a „*Environmentální helpdesk*“ (služba pro řešení dotazů v oblasti životního prostředí). Za účelem dodání těchto systémů vypsal žalobkyně nadlimitní veřejné zakázky podle tehdy účinného zákona o veřejných zakázkách. Žalobkyně zvolila pro všechny tři dílčí systémy postup podle § 102 a násl. zákona o veřejných zakázkách, ve znění do 14. 9. 2010, tedy tři soutěže o návrh, s následným zadáním zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 tohoto zákona. V srpnu a září 2009 zveřejnila v Informačním systému o veřejných zakázkách Oznámení o veřejných soutěžích na jednotlivé systémy. Po obdržení soutěžních návrhů proběhlo vyhodnocení porotou dle kritérií v soutěžních podmínkách. Vítěze soutěží o návrh, tedy společnosti Telefónica O2 Czech Republic a. s. (v případě zakázek ISPOP a Environmentální helpdesk) a IBM Česká republika s. r. o. (u zakázky Geoportál), poté žalobkyně vyzvala k podání nabídek v řízení bez uveřejnění a rozhodla o zadání zakázky. Následně s uvedenými společnostmi uzavřela smlouvy o vytvoření a implementaci software a poskytování služeb podpory, jejichž předmětem bylo dodání a implementace předmětných informačních systémů, poskytnutí licence k softwarovým řešením a poskytování podpory po určitou dobu. Vedle výše uvedeného žalobkyně dále vypsal nadlimitní otevřené řízení na dodávky pro dodávku hardware pro systém *Geoportál*.

[4] Ministerstvo životního prostředí zaslalo Finančnímu úřadu pro hlavní město Prahu (dále „správce daně“) v listopadu 2013 podnět k prověření skutečností týkajících

pokračování

se poskytnutí dotace na projekt. Poukazovalo na výsledky auditu Evropského účetního dvora, který dospěl k závěru o využití nesprávného druhu zadávacích řízení žalobkyní. Správce daně proto v červnu 2014 zahájil u žalobkyně daňovou kontrolu. Ve zprávě o daňové kontrole dospěl ke zjištění, že žalobkyně použitím nesprávného druhu zadávacího řízení u veřejných zakázek na systémy „*Integrovaný systém plnění oblašovacích povinností*“ a „*Geoportál*“ porušila § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, část B bodu 3 písm. a) rozhodnutí o poskytnutí dotace a čl. 7 bodu 1 Směrnice MŽP č. 5/2008 (dále jen „směrnice MŽP“), čímž došlo k porušení rozpočtové kázně podle § 44 odst. 1 písm. b) zákona č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění účinném do 29. 12. 2011 (dále jen „rozpočtová pravidla“).

[5] Na základě kontrolních zjištění vyměřil správce daně žalobkyni platebním výměrem ze dne 4. 9. 2015 odvod do Státního fondu ve výši 1 113 958 Kč a platebním výměrem ze dne 7. 9. 2015 odvod do Národního fondu ve výši 18 937 284 Kč. Na základě odvolání proti každému z platebních výměrů Odvolací finanční ředitelství (dále „OFŘ“) rozhodnutími ze dne 29. 12. 2016 změnilo výši odvodů tak, že zvýšilo odvod od Státního fondu na 115 819 414 Kč a odvod do Národního fondu na 6 812 907 Kč (dále „první rozhodnutí o odvolání“). OFŘ dospělo na rozdíl od správce daně k závěru, že zakázky na dodání systémů *ISPOP* a *Geoportál* jsou veřejnými zakázkami na služby, nikoli na dodávky. Současně ovšem konstatovalo, že pro žádnou z veřejných zakázek *ISPOP*, *Environmentální helpdesk* a *Geoportál* nebyly naplněny další podmínky pro postup podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách. Dodávky hardware a software licencí uskutečněné v rámci těchto zakázek totiž nebyly v přímém funkčním vztahu mezi výsledkem soutěže a následným plněním. Současně v soutěžních podmínkách nebylo důvodně stanoveno pravidlo, podle něhož veřejná zakázka musí být zadána vítězi soutěže o návrh.

[6] Žalobám podaným proti rozhodnutím OFŘ městský soud vyhověl. Rozsudkem ze dne 12. 10. 2018, č. j. 6 Af 16/2017 - 163, obě rozhodnutí zrušil a věci vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Správní orgány podle městského soudu sice správně dovodily nesplnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách k části plnění zahrnující dodávku hardware a software licencí. Soud však shledal důvodnou námitku nepřiměřené výše odvodu. Žalovaný se totiž v napadených rozhodnutích nevypořádal s posouzením, jaký byl rozsah plnění zasažený porušením rozpočtových pravidel. V duchu městským soudem citované judikatury NSS byl pouze v části plnění shledán rozpor s podmínkami rozhodnutí o poskytnutí dotace a právními předpisy, současně došlo k naplnění účelu dotace. Proto nejde o porušení rozpočtové kázně odůvodňující odvod ve výši 100 % poskytnutých prostředků.

[7] V dalším řízení OFŘ rozhodnutím ze dne 26. 6. 2019 (dále „druhé rozhodnutí o odvolání“) změnilo obě prvostupňová rozhodnutí (platební výměry) tak, že odvod do Národního fondu snížilo z částky 18 937 284 Kč na 18 762 746 Kč a odvod do Státního fondu snížilo z částky 1 113 958 Kč na 1 103 691 Kč.

[8] Proti druhému rozhodnutí OFŘ podala žalobkyně znovu žalobu k městskému soudu. V průběhu řízení o této žalobě však OFŘ dospělo k závěru, že ve svém druhém rozhodnutí o odvolání v rámci posouzení výše odvodů za porušení rozpočtové kázně v rozporu

se závazným právním názorem vysloveným v prvním rušícím rozsudku městského soudu nezohlednilo tu část peněžních prostředků, která byla čerpána v souladu se stanovenými podmínkami. Podalo proto podnět žalovanému k nařízení přezkoumání rozhodnutí podle § 121 zákona č. 280/2009 Sb., daňový řád (dále „daňový řád“), ve znění pozdějších předpisů. Žalovaný rozhodnutím ze dne 13. 5. 2020 nařídil přezkoumání druhého rozhodnutí o odvolání. Městský soud následně žalobu odmítl pro odpadnutí předmětu řízení.

[9] Ve věci přezkumu druhého rozhodnutí o odvolání OFŘ rozhodnutím ze dne 3. 11. 2020 změnilo druhé rozhodnutí o odvolání tak, že odvod do Národního fondu snížilo z částky 18 937 284 Kč na 7 817 390 Kč a odvod do Státního fondu z částky 1 113 958 Kč na 459 847 Kč. Vycházelo přitom z odlišného základu pro stanovení, v jaké výši byla porušena rozpočtová kázeň, neboť tento základ se rovná výši prostředků poskytnutých na úhradu faktur za dodávky hardware a software licencí, nikoli celkovému objemu poskytnutých prostředků na projekt. Z tohoto základu (částky 51 094 050 Kč) poté OFŘ stanovilo odvod za porušení rozpočtové kázně ve výši 18 %, a to na základě zohlednění okolností svědčících ve prospěch žalobkyně (především použití prostředků v souladu s jejich účelovým určením).

[10] Žalovaný rozhodnutím ze dne 22. 10. 2021 zamítl odvolání žalobkyně proti přezkumnému rozhodnutí OFŘ a toto rozhodnutí potvrdil. Připomněl, že městský soud v prvním rušícím rozsudku shledal důvodnou pouze námitku nepřiměřené výše odvodu za porušení rozpočtové kázně. Žalovaný se ztotožnil se závěry městského soudu i daňových orgánů o nenaplnění podmínek použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách. Žalobkyně neprokázala, že v případě veřejných zakázek na systémy *ISPOP*, *Geoportál* a *Environmentální helpdesk* byl dodaný hardware a software vytvořen „na míru“, naopak šlo o produkty třetích stran běžně dostupné na trhu. Dodávku hardware a software proto mohlo realizovat více dodavatelů z oboru výpočetní techniky, nikoli pouze autor vítězného návrhu. K otázce přiměřenosti pak žalovaný konstatoval, že výše odvodu musí odpovídat vysoké závažnosti porušení zákona o veřejných zakázkách. Naplnění účelu dotace je sice podstatným kritériem posouzení naplnění podmínek dotace, nemůže však být kritériem jediným. Okolnosti svědčící ve prospěch žalobkyně OFŘ zohlednilo, odvod ve výši 18 %, tedy výrazně pod spodní hranicí stanovenou v Pokynu Generálního finančního ředitelství D-38 (dále jen „Pokyn D-38“), byl proto uložen v souladu se zásadou proporcionality.

[11] Žalobu proti rozhodnutí žalovaného městský soud neshledal důvodnou. Podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění podle 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách nebyly dle jeho názoru naplněny. S odkazem na judikaturu Soudního dvora EU soud konstatoval, že návaznost veřejné zakázky na soutěž o návrh musí být vykládána ve smyslu přímého funkčního vztahu. Veřejná zakázka zadaná v řízení bez uveřejnění přitom nemůže spočívat ve vlastní realizaci návrhu. Dodávky software a hardware však již představovaly realizaci návrhu, jednalo se přitom o zboží běžně dostupné na trhu, jehož dodání mohlo realizovat více dodavatelů. Zadání této dodávky v jednacím řízení bez uveřejnění tak porušilo rovněž zásadu transparentnosti. Nadto pravidlo o zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh musí být *důvodně* stanoveno již v soutěžních podmínkách. Tak se ovšem v projednávané věci nestalo, neboť vítězství v soutěži o návrh nezbytně nepředurčovalo dodavatele hardware a software (licencí).

pokračování

Městský soud rovněž aproboval stanovenou výši odvodu za porušení rozpočtové kázně. Konstatoval, že výše odvodu odráží závažnost pochybení i okolnosti hovořící ve prospěch žalobkyně, současně se jedná o odvod stanovený výrazně pod spodní hranicí stanovenou Pokynem D-38. Pochybení žalobkyně nelze marginalizovat, neboť nenaplněním podmínek pro použití jednacím řízení bez uveřejnění byla narušena férovost a transparentnost soutěže, což mohlo mít ve výsledku vliv na cenu sjednaného plnění.

II. Kasační stížnost žalobkyně a vyjádření žalovaného

[12] V kasační stížnosti žalobkyně (dále „stěžovatelka“) namítá nesprávné právní posouzení věci napadeným rozsudkem [§ 103 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního (dále jen „s. ř. s.“)]. Městskému soudu vytýká nesprávné posouzení otázek, zda se dopustila porušení zákona o veřejných zakázkách, tedy zda byly naplněny podmínky pro postup podle § 23 odst. 6 tohoto zákona, a zda sankce uložená za toto pochybení byla přiměřená.

[13] Stěžovatelka rozporuje závěr městského soudu, že nedošlo k zachování funkčního vztahu mezi soutěží o návrh a samotným plněním v případě zakázek na projekty *ISPOP* a *Environmentální helpdesk* (z argumentace stěžovatelky však plyne, že rozporuje též posouzení závěru městského soudu ve vztahu k projektu *Geoportál* – pozn. soudu). Stěžovatelka jako zadavatel v soutěžních podmínkách vyjádřila úmysl zadat nezbytný hardware a software v navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění. Vymezila přitom, že se bude jednat o hardware a software pouze v rozsahu nezbytného technologického zabezpečení bezprostředně souvisejícího s realizací, tedy hardware a software od informačního systému neoddělitelný, bez něhož informační systém nelze realizovat. V souvislosti s výkladem § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách stěžovatelka poukazuje na rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12. 3. 2019, podle něhož je v případě návrhu informačního systému neobvyklé, aby jej realizoval jiný dodavatel než autor návrhu – oddělení návrhu od realizace informačního systému se v praxi vyskytuje zřídkakdy. Dle stěžovatelky proto v jednacím řízení bez uveřejnění bylo možno zadat zakázku na realizaci informačních systémů. Tuto zakázku je dále nutno posuzovat jako jeden celek, tedy komplexní řešení informačního systému, zahrnující též dodání hardware a software licencí (podobně je tomu u zakázek na stavební práce, kde pořízení materiálu je nezbytným krokem k realizaci stavby). Pouze v případě soutěže na systém *Geoportál* bylo oddělení dodávky hardware proveditelné, proto byla zakázka na tuto dodávku zadána odděleně.

[14] Okolnosti projednávané věci dále stěžovatelka odlišuje od skutkového stavu ve věci posuzované Krajským soudem v Brně v rozsudku ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012 - 160, kde byla řešena situace, ve které došlo v rozporu s § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách k zadání zakázky spočívající v dodání koncových zdravotnických přístrojů a počítačů. Ve věci stěžovatelky však v rámci zakázky zadané podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách nedošlo k dodání koncového hardwaru a softwarových licencí, nýbrž hardwaru a softwaru nutného pro implementaci (programování) realizovaného informačního systému. Stěžovatelka také uvádí, že zadání informačního systému nebo jeho části v otevřeném zadávacím řízení by ohrozilo realizaci projektu. Vypsáním samostatného řízení na dodávky hardwaru a softwaru by vedlo k problémům při uplatňování případné odpovědnosti za vady a informační systém by ztratil celistvost.

[15] K otázce přiměřenosti odvodu za porušení rozpočtové kázně stěžovatelka uvádí, že v protikladu ke konstatování městského soudu jí zvoleným postupem nevyloučila hospodářskou soutěž. Soutěž o návrh je transparentním a otevřeným postupem stejně jako otevřené zadávací řízení. K výběru návrhu dochází již během soutěže o návrh, v navazujícím jednacím řízení je [hospodářská – pozn. soudu] soutěž nadbytečná. Jak konstatuje zpráva o daňové kontrole, účel dotace byl zcela naplněn, všechny systémy jsou v rutinním provozu, nevznikla žádná škoda a nedošlo ke zpoždění či ohrožení realizace projektu. Cena dodaného hardwaru a softwaru byla součástí soutěžních návrhů, promítla se tak do hodnocení návrhů již v rámci soutěže o návrh. Tvrzení městského soudu, že správní orgány přihlédly při stanovení výše odvodu k okolnostem svědčícím ve prospěch stěžovatelky, tak nemá oporu ve správním spisu.

[16] Žalovaný považuje kasační stížnost za nedůvodnou a navrhuje ji zamítnout. Má za to, že se městský soud podrobně zabýval naplněním podmínek pro postup podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, a to v souladu s judikaturou Soudního dvora EU. Žalovaný dále nesdílí názor stěžovatelky, že softwarové licence a hardware představovaly neoddělitelné součásti plnění tvořící předmět veřejné zakázky a že městský soud ani žalovaný se k této otázce ve svých rozhodnutích nevyjádřili. K této otázce žalovaný ve svém rozhodnutí konstatoval, že hardware a software dodaný v rámci zakázek na projekty *ISPOP*, *Environmentální helpdesk* a *Geoportál* nebyl vytvořen „na míru“, naopak se jednalo o produkty třetích stran běžně dostupné na trhu. Jednak zde tedy neexistoval důvod ochrany výhradních práv dodavatele vylučující uspořádání standardního otevřeného zadávacího řízení, jednak mohlo z uvedeného důvodu zakázku v souladu s technickými parametry stanovenými v příslušném vítězném návrhu realizovat více dodavatelů. Žalovanému jsou z praxe v oblasti dotací známy případy zakázek, které nerealizuje jediný dodavatel, ale které se v realizační fázi skládají z dodávek jednotlivých služeb a zboží, aniž by tato skutečnost představovala překážku realizace zakázky. K otázce naplnění účelu dotace v kontextu nenaplnění podmínek jednacího řízení bez uveřejnění žalovaný odkázal na závěry městského soudu.

III. Posouzení věci Nejvyšším správním soudem

[17] Nejvyšší správní soud předně shledal, že kasační stížnost je přípustná. Byla podána osobou oprávněnou, ve lhůtě dle § 106 odst. 2 s. ř. s., v souladu s § 104 odst. 4 s. ř. s. je v ní namítán důvod dle § 103 odst. 1 písm. a) s. ř. s. Není dán ani jiný z případů nepřípustnosti podle § 104 s. ř. s. a Nejvyšší správní soud neshledal jiné nedostatky podmínek řízení, které by bránily dalšímu postupu ve věci. Napadený rozsudek proto přezkoumal v rozsahu a z důvodů vymezených v kasační stížnosti s přihlédnutím k případným vadám, které je povinen zkoumat z úřední povinnosti (§ 109 odst. 3 a 4 s. ř. s.).

[18] Kasační stížnost je důvodná.

[19] Nejvyšší správní soud předesílá, že ačkoli v tomto řízení o kasační stížnosti rozhoduje za poněkud specifické situace, je oprávněn se v rozsahu důvodů kasační stížnosti zabývat jak otázkou porušení rozpočtové kázně (naplnění podmínek zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách), tak otázkou přiměřenosti výše odvodu.

pokračování

[20] Napadeným rozsudkem městský soud zamítl žalobu proti rozhodnutí Generálního finančního ředitelství o odvolání proti rozhodnutí OFŘ v přezkumném řízení podle § 121 daňového řádu. Vydání druhého rozhodnutí OFŘ o odvolání, které bylo následně v tomto přezkumném řízení změněno, předcházela rušící rozsudek městského soudu. Městský soud přitom v rušícím rozsudku shledal důvodnou pouze žalobní námitku nepřiměřené výše uloženého odvodu za porušení rozpočtové kázně rozhodnutí, ve vztahu k namítanému naplnění podmínek postupu podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, a tedy co do otázky porušení rozpočtové kázně, výslovně aproboval názor daňových orgánů. Jak ovšem dovodil rozšířený senát NSS usnesením ze dne 1. 7. 2015, č. j. 5 Afs 91/2012 - 41, skutečnost, že krajský soud vyslovil v rušícím rozsudku právní názor, jímž shledal žalobní námitku nedůvodnou, byť je takovým názorem správní orgán v dalším řízení vázán, neznamená, že by žalobce nemohl takové posouzení znovu napadnout v žalobě proti novému správnímu rozhodnutí a následně i v kasační stížnosti proti novému rozhodnutí krajského soudu. Není tak vyloučena možnost v kasačním řízení přezkoumat právní názor krajského soudu (opakovaně) vyslovený v neprospěch žalobce (srov. dále rozsudek NSS ze dne 9. 10. 2008, č. j. 2 Afs 80/2008 - 67).

[21] Obdobná situace, kterou předvídá citované usnesení rozšířeného senátu, nastala rovněž v nyní projednávané věci. Stěžovatelka byla v prvním řízení o žalobě úspěšná. Městský soud se ovšem obsáhle vyjádřil také k namítanému naplnění podmínek podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách a uzavřel, že podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nebyly k části plnění dány. Stěžovatelka, jakožto úspěšný účastník žalobního řízení, však proti tomuto – pro ni nepříznivému – názoru nemohla podat kasační stížnost. Závěry vyslovené v citovaném usnesení rozšířeného senátu se tedy *mutatis mutandis* uplatní v situaci, kdy je předmět žalobního řízení tvořen rozhodnutím vydaným v řízení, kterým správce daně nařídil z moci úřední přezkoumání rozhodnutí, které bylo vydáno v dalším řízení po rušícím rozsudku.

[22] V projednávané věci je tedy podstatou jednak otázka, zda a v jakém rozsahu stěžovatelka porušila rozpočtovou kázeň ve smyslu § 44 odst. 1 písm. b) rozpočtových pravidel, jednak otázka, zda je odvod uložený za porušení rozpočtové kázně přiměřený. Porušení rozpočtové kázně spočívá v neoprávněném použití peněžních prostředků státního rozpočtu a státního fondu ve smyslu § 3 písm. e) rozpočtových pravidel. Poskytnuté prostředky měly být použity v rozporu s podmínkami poskytnutí dotace, neboť byly vynaloženy na úhradu faktur dodavatelům za realizaci zakázek, k jejichž zadání došlo v rozporu s obecně závaznými pravidly upravujícími zadávání veřejných zakázek. Městský soud je ve shodě s daňovými orgány, že stěžovatelka porušila zákon o veřejných zakázkách, neboť ve vztahu k dodávce hardwaru a softwarových licencí nebyly splněny podmínky pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 (v relevantním období účinného) zákona o veřejných zakázkách.

[23] Nejvyšší správní soud nejprve shrne pro posouzení věci podstatná skutková zjištění plynoucí ze správního spisu.

[24] Podmínky poskytnutí dotace vyplývají jak z rozhodnutí o poskytnutí dotace, tak ze smlouvy SFŽP. Smlouva SFŽP konkrétně v čl. 6. bodu C. stanoví, že příjemce podpory je povinen dodržovat pravidla pro zadávání zakázek stanovená v čl. 7 směrnice MŽP. Totéž stanoví příloha č. 1 k rozhodnutí o poskytnutí dotace (Podmínky poskytnutí

dotace) v části B bodu 3 písm. a). Podle odkazovaného čl. 7 směrnice MPŽ poté platí, že při zadávacích řízeních pro výběr dodavatele mimo jiné služeb a dodávek je příjemce podpory povinen dodržovat zákon o veřejných zakázkách a Závazné pokyny pro žadatele a příjemce podpory OPŽP.

[25] Stěžovatelka vypsalala v rámci projektu tři soutěže o návrh, a to na jednotlivé systémy *ISPOP*, *Environmentální helpdesk* a *Geoportál*. Oznámení o veřejných soutěžích zveřejnila v Informačním systému o veřejných zakázkách. Podmínky soutěží o návrh všech tří informačních systémů vymezovaly předmět soutěže jako vypracování návrhu řešení projektové úlohy na vytvoření a implementaci příslušného informačního systému. Kompletní specifikace poptávaného informačního systému byla vždy stanovena v příloze soutěžních podmínek. Soutěžní podmínky k návrhům systémů *ISPOP* a *Environmentální helpdesk* dále stanovily, že součástí soutěžního návrhu bude i „návrh zajištění HW a SW nutného pro provedení návrhů v rozsahu nezbytného technologického zabezpečení bezprostředně souvisejícího s realizací návrhu“, naopak podmínky soutěže o návrh systému *Geoportál* uváděly, že předmětem soutěže „není dodávka HW“.

[26] Cenu realizace soutěžních návrhů určovaly soutěžní podmínky jako sestávající jednak ze samotné ceny za pořízení příslušného informačního systému (zahrnující dodání, implementaci, podporu daného systému a licenci k němu) a ceny bezprostředně souvisejících služeb.

[27] Soutěžní podmínky ve všech třech případech obsahovaly také ustanovení, podle něhož bude ve smyslu § 103 odst. 3 písm. a) zákona o veřejných zakázkách na soutěž o návrh navazovat zadání veřejné zakázky na služby podle § 23 odst. 6 tohoto zákona.

[28] Soutěžní podmínky dále obsahovaly minimální smluvní požadavky, které měly tvořit část obsahu smlouvy o dodávce, implementaci a zajištění podpory příslušného systému (dále „smlouva o realizaci“). Předmět smlouvy vymezovaly tyto požadavky jako poskytnutí licence k řešení, dodání a implementaci řešení, podporu řešení a dodání související dokumentace. Řešením se v případě systémů *ISPOP* a *Environmentální helpdesk* rozumělo softwarové řešení informačního systému včetně nezbytného technologického hardwaru; v případě systému *Geoportál* poté pouze softwarové řešení ve smyslu softwaru zpracovaného a dodávaného vítězným účastníkem soutěže. Implementaci řešení v případě všech systémů vymezovaly minimální smluvní požadavky především jako instalaci a implementaci řešení na hardwarovou platformu stěžovatelky a integraci s jejími softwarovými systémy. Cena měla sestávat z licenčního poplatku za řešení, v němž již byla zahrnuta cena za dodání a implementaci řešení, ceny za podporu řešení a ceny za ostatní služby.

[29] Ze stěžovatelkou provedených soutěží o návrh (o řádnosti jejich průběhu přitom mezi účastníky není sporu) vzešli dva vítězní dodavatelé, a to spol. IBM v případě systému *Geoportál* a spol. Telefónica O2 v případě systémů *ISPOP* a *Environmentální helpdesk*. S těmi stěžovatelka v návaznosti na provedené jednací řízení bez uveřejnění uzavřela smlouvy o realizaci, které respektovaly výše uvedené minimální smluvní požadavky stanovené v soutěžních podmínkách. Stěžovatelka se ve smlouvách o realizaci tedy mimo jiné zavázala zaplatit cenu za poskytnutí licence k softwarovému řešení příslušného informačního systému, která obsahovala vedle samotného licenčního poplatku také odměnu za dodání a implementaci řešení (jež v případě systémů *ISPOP* a *Environmentální helpdesk* zahrnovalo též dodání nezbytného technologického hardwaru). Jednotlivé cenové položky byly

pokračování

uvedeny v podrobných položkových rozpočtech, které tvoří přílohy smluv o realizaci. Jedinou změnou podmínek smluv o realizaci oproti soutěžním podmínkám představovalo přesunutí dodávky hardwaru pro systém *Environmentální helpdesk* pod zakázku na systém *ISPOP*.

[30] Pokud se týče sporné dodávky hardwaru a softwarových licencí, z příloh smluv o realizaci i kopií faktur ve správním spisu vyplývá, že se jednalo o zboží třetích stran běžně nabízené na trhu. V případě hardwaru šlo především o servery, disková pole a síťové prvky, v případě softwaru poté o programy spol. Adobe, Oracle, Novell, Tovek apod. Současně však zejména v případě dodávek softwarových licencí v rámci realizace systému *Geoportál* není zřejmé, zda se jedná o licence k softwaru třetích stran, anebo o moduly či dílčí informační systémy zhotovené přímo dodavatelem (spol. IBM) k implementaci systému *Geoportál*.

[31] Správce daně původně na základě daňové kontroly dovedl porušení rozpočtové kázně pouze ve vztahu k projektům *ISPOP* a *Geoportál*. Ve shodě se zjištěními Evropského účetního dvora kvalifikoval zakázky na tyto systémy jako *zakázky na dodávky* (tedy zboží) a neshledal tak naplněnou již první podmínku předvídanou § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách.

[32] OFŘ však v prvním rozhodnutí o odvolání v protikladu ke správci daně dovedlo, že zakázky na všechny tři projekty zadané v jednacím řízení bez uveřejnění jsou *zakázkami na služby*. Pochybení nadále spatřovalo, a to ve vztahu k zakázkám na všechny tři systémy, v chybějícím přímém funkčním vztahu soutěže o návrh a částí navazujících veřejných zakázek (konkrétně dodání hardwaru a softwarových licencí), respektive v nedůvodně stanoveném pravidlu o navazujícím zadání veřejných zakázek v soutěžních podmínkách (druhá a třetí podmínka plynoucí z § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách). *Ve všech následujících rozhodnutích* vycházely daňové orgány z premisy, že posuzované veřejné zakázky je nutno kvalifikovat jako veřejné *zakázky na služby*.

[33] Nejvyššímu správnímu soudu v souladu s dispoziční zásadou (§ 109 odst. 4 s. ř. s.) nepřísluší tuto premisu, na které jsou vystavěna následná rozhodnutí daňových orgánů, v nynějším řízení podrobovat přezkumu, ačkoli má v tomto ohledu o názoru daňových orgánů (respektive OFŘ a žalovaného) pochybnosti. Hodnocení proto podrobí pouze závěry městského soudu, respektive správních orgánů, týkající se nenaplnění druhé a třetí podmínky § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách, a to ve vztahu k veřejným zakázkám na všechny tři uvedené projekty.

[34] Ustanovení § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách v rozhodném znění stanovilo: „*V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. V případě více vybraných účastníků soutěže o návrh je zadavatel povinen vyzvat k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění všechny vybrané účastníky.*“

[35] Využití jednacího řízení bez uveřejnění se v tomto případě připouští za kumulativního splnění následujících podmínek: 1. jedná se o veřejnou zakázku *na služby*, 2. k jejímu zadávání musí docházet *v návaznosti na soutěž o návrh*, 3. již v podmínkách soutěže o návrh

bylo stanoveno pravidlo, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže.

[36] Jednací řízení bez uveřejnění představuje zadávací řízení, v němž jsou v zásadě vyloučeny prvky otevřeného a transparentního soutěžního prostředí. Z druhů zadávacích řízení upravených v § 21 zákona o veřejných zakázkách jde o postup nejméně formalizovaný a nejméně kontrolovatelný (srov. např. rozsudek NSS ze dne 28. 11. 2012, č. j. 1 Afs 23/2012 - 102). Použití tohoto typu řízení proto představuje výjimku z jinak povinného použití „otevřenějších“ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Základním principem zákona o veřejných zakázkách je zadávání veřejných zakázek v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazů diskriminace (§6 odst. 1 citovaného zákona), čehož je možno zpravidla dosáhnout pouze v otevřených typech řízení, v nichž mezi sebou soutěží předem neomezený počet dodavatelů. Použití jednacího řízení bez uveřejnění je proto omezeno na výslovně vymezené případy v § 23 zákona o veřejných zakázkách, jejichž rozsah musí být vykládán restriktivně. Zadavatel je také povinen prokázat oprávněnost použití tohoto řízení (srov. např. rozsudky NSS ze dne 12. 5. 2016, č. j. 1 As 256/2015 - 95, ze dne 25. 11. 2015, č. j. 3 As 18/2015 - 32, ze dne 31. 8. 2015, č. j. 8 As 149/2014 - 68, či ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 42/2012 - 53, č. 2790/2013 Sb. NSS).

[37] Ustanovení § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách upravuje jako jeden z případů, kdy je možné výjimečně pro zadání veřejné zakázky využít jednacího řízení bez uveřejnění, návaznost tohoto řízení na soutěž o návrh. Soutěží o návrh se podle § 103 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách rozumí postup zadavatele směřující k získání návrhu, projektu či plánu. Zadavatel použije soutěž o návrh zejména v oblasti územního plánování, architektury, stavitelství či zpracování dat (§ 103 odst. 2 zákona), a to mimo jiné tehdy, jestliže na tuto soutěž navazuje zadání veřejné zakázky na služby (§ 103 odst. 3 písm. a) zákona).

[38] Podmínky § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách blíže vyložil Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 3. 10. 2013, č. j. 62 Af 48/2012 - 160, publ. pod č. 3179/2015 (kasační stížnost proti tomuto rozsudku NSS zamítl rozsudkem ze dne 13. 11. 2014, č. j. 9 Afs 93/2013 - 32). Krajský soud se zabýval situací, kdy v jednacím řízení bez uveřejnění došlo k zadání zakázky na dodávku a montáž zdravotnické technologie včetně počítačové technologie, dopravu a zaškolení obsluhy při „Rozšíření vybavení a propojení RDG pracovišť nemocnic“. Uzavřenému jednacímu řízení předcházela soutěž o návrh, jejímž předmětem bylo (získání návrhu) zavedení „systému jednotného zpracování obrazové informace PACS“. K první z podmínek uvedených výše v bodu [31] soud konstatoval, že určujícím pro povahu zakázky je samotný předmět – věcný charakter poptávaného plnění. V rámci druhé podmínky uvedl, že návaznost na soutěž o návrh musí být vykládána ve smyslu přímého funkčního vztahu mezi soutěží o návrh a navazující veřejnou zakázkou. Posouzení přímého funkčního vztahu mezi výsledkem soutěže o návrh a plněním, jež na ni navazuje a jež je předmětem navazujícího jednacího řízení bez uveřejnění, se přitom „neomezuje pouze na posouzení otázky, zda plnění, jež je předmětem navazující veřejné zakázky, ‚dopracovává‘, či nikoli (byť zřejmě mohou nastat případy, kdy posléze požadované plnění bude původní plnění ‚dopracovávat‘, není to ovšem znakem, který by měl být pro naplnění podmínky ‚funkčního vztahu‘ jedině určujícím)“. Třetí podmínku poté krajský soud vyložil tak, že pravidlo o zadání zakázky vybranému účastníkovi soutěže musí

pokračování

být stanoveno důvodně; nestačí tedy, že zadavatel v podmínkách soutěže o návrh pouze formálně stanoví, že navazující veřejná zakázka bude realizována vítězem soutěže o návrh, nýbrž i z věcného hlediska musí vítězství v soutěži o návrh nutně předurčovat realizátora plnění, které je předmětem na soutěž o návrh navazující veřejné zakázky.

[39] Ustanovení § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách provádí Směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134/114 ze dne 30. 4. 2004), v jejímž světle je proto nutno dotčenou zákonnou úpravu vykládat. Směrnice 2004/18 v čl. 28 rovněž deklaruje prioritu zadávání veřejných zakázek v otevřeném, případně omezeném zadávacím řízení. Pouze ve zvláštních případech a za zvláštních okolností, výslovně uvedených v člancích 30 a 31 směrnice, mohou zadavatelé použít vyjednávací řízení se zveřejněním oznámení o zakázce nebo bez něho. Stejně jako v případě zákona o veřejných zakázkách tedy vychází směrnice 2004/18 (a obecně unijní úprava zadávání veřejných zakázek) z principů otevřenosti, transparentnosti a kontrolovatelnosti zadávacích řízení, v důsledku čehož je nutno vykládat rozsah případů pro použití řízení, v nichž jsou tyto zásady narušeny, tedy i jednacího řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce restriktivně (srov. např. rozsudky Soudního dvora ze dne 10. 3. 1987 ve věci C-199/85, *Komise proti Itálii*, ze dne 28. 3. 1996 ve věci C-318/94, *Komise proti Německu*, ze dne 10. 4. 2003 ve věci C-20/01, *Komise proti Německu*, ze dne 10. 4. 2003 ve věci C-28/01, *Komise proti Německu*, či ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02, *Komise proti Itálii*)

[40] Podle článku 31 odst. 3 směrnice 2004/18 může být veřejná zakázka na služby zadána ve vyjednávacím řízení bez předchozího zveřejnění oznámení o zakázce tehdy, *pokud daná zakázka následuje po veřejné soutěži na určitý výkon a musí být podle platných pravidel zadána vítěznému účastníku nebo jednomu z vítězných účastníků.*

[41] Pro výklad tohoto ustanovení jsou použitelné závěry Soudního dvora EU formulované v rozsudku ze dne 23. 5. 2008 ve věci C-340/02, *Komise proti Francii* (kde se Soudní dvůr zabýval výkladem obsahově shodného čl. 11 odst. 3 písm. c) směrnice 92/50/EHS). V daném případě vypsal městská aglomerace několik zadávacích řízení, jejichž předmětem bylo poskytování služeb při pracích spojených s úpravou čističky odpadních vod, a to v rámci předem daných etap. První etapa se týkala zpracování studie proveditelnosti, druhá etapa zakázky, jejímž předmětem byla 1) pomoc investorovi při vytváření podrobného technického plánu na základě řešení zvoleného v první etapě, 2) vyhotovení studie analyzující celkový vliv akce na životní prostředí, 3) pomoc investorovi při analýze nabídek předložených v rámci řízení, které je předmětem třetí etapy.

[42] Soudní dvůr EU konstatoval, že ze samotného znění předmětného ustanovení směrnice vyplývá, že výjimka z povinnosti zveřejnit vyhlášení zakázky je možná, pouze pokud zadávaná zakázka následuje po pořádané veřejné soutěži a pokud musí být zadána úspěšnému zájemci nebo jednomu z úspěšných zájemců. Výraz „*po pořádané veřejné soutěži na určitý výkon*“ [obsažený též v čl. 31 odst. 3 směrnice 2004/18 – pozn. soudu] znamená, že musí být zachován přímý funkční vztah mezi veřejnou soutěží na určitý výkon a dotýčnou zakázkou. Jelikož se předmětná veřejná soutěž týkala první etapy a byla pořádaná za účelem zadání zakázky vztahující se k této etapě, u zakázky z druhé etapy nelze mít za to, že následuje po pořádané veřejné soutěži. Navíc v dané věci klauzule, která byla

součástí oznámení o zakázce, stanovila pouze možnost, a nikoli povinnost svěřit druhou etapu uchazeči úspěšnému ve veřejné soutěži týkající se etapy první. Nedošlo tedy ani k naplnění podmínky, že dle stanovených pravidel zakázka musela být zadána úspěšnému zájemci.

[43] Použitelností jednacích řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh se konečně zabýval Úřad pro ochranu hospodářské soutěže („ÚOHS“), a to i ve specifickém kontextu soutěží o návrh a navazujících veřejných zakázek v oblasti informačních technologií (dodání informačních systémů a techniky). V rozhodnutí ze dne 9. 12. 2009, č. j. S293/2009/VZ-15793/2009/510/Hod, jehož se dovolává i stěžovatelka, obecně uvedl, že *„v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona nelze zadat takové dodávky, služby či stavební práce, které nemusí být poskytnuty výhradně vítězem soutěže o návrh, a které současně nepředstavují dopracování vítězného návrhu. Za dopracování návrhu přitom nelze považovat například dodávku hardware navazující na návrh informačního systému, neboť lze dospět k závěru, že není nutné, aby tato dodávka byla poskytnuta právě vítězem soutěže o návrh, a současně lze předpokládat široký okruh možných dodavatelů.“* Pokud se ovšem týče návrhu informačního systému, *„je neobvyklé, aby byl realizován jiným dodavatelem než autorem, a to vzhledem k následujícím skutečnostem. Přestože lze informační systém jakožto předmět návrhu popsat, nemůže být popis vyčerpávajícím způsobem úplný, a proto nelze vyloučit existenci pochybností o zajištění řádné realizace návrhu. Významným aspektem při realizaci návrhu je skutečnost, že funkčnost systému lze fyzicky ověřit až po jeho spuštění do provozu. K tomu je však nezbytná nejen úplná znalost popisu návrhu informačního systému, nýbrž i činnosti spočívající v nastavení informačního systému a jeho uvedení do žádoucího stavu. Tuto činnost lze tedy považovat za činnost bezprostředně navazující na samotný návrh. Rovněž je nutno doplnit, že oddělení návrhu informačního systému od jeho realizace se v praxi vyskytuje zřídka a může být i neproveditelné.“* (zvýraznění doplněno NSS).

[44] Z právě učiněného shrnutí a poznatků plynou pro projednávanou věc následující závěry.

[45] V obecné rovině může být předmětem veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách zásadně plnění, jehož podstata stále úzce souvisí s vytvářením návrhu, plánu nebo projektu (jedná se typicky o další rozpracování návrhu, případně transformace dosavadního ryze tvůrčího řešení do realizovatelné podoby, například v podobě projektové dokumentace). V některých případech, v nichž buďto nelze dost dobře odlišit rozpracování návrhu od samotné jeho realizace, anebo v případě tak úzkého spojení návrhu s realizací, kde povaha věci odůvodňuje zadání realizace návrhu autorovi takového návrhu, však bude dána funkční spojitost mezi soutěží o návrh řešení a veřejnou zakázkou na dodání (realizaci) samotného řešení (tomu odpovídá též znění § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách účinné od 15. 9. 2010, podle něhož předmětem veřejné zakázky na služby navazující na soutěž o návrh nesmí být vlastní realizace návrhu, vyjma případů, kdy to *odůvodňuje povaha předmětu soutěže o návrh*).

[46] Specifické případy odůvodněných výjimek z jinak striktního pravidla budou v praxi pocházet, co do předmětu soutěže o návrh, mimo jiné právě z oblasti zakázek na dodání informačních systémů či komplexních počítačových programů, kde do hry vstupuje též otázka ochrany autorských práv, což v některých případech bude odůvodňovat též postup podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona o veřejných zakázkách. Vždy bude pochopitelně záležet

pokračování

na okolnostech konkrétní věci, především na vymezení podmínek soutěže o návrh, tj. zda již v rámci soutěže o návrh jsou hodnoceny aspekty předurčující samotnou realizaci, potažmo přímo okolnosti týkající se samotné realizace, a to včetně ceny, jakož i na povaze poptávaného informačního systému a služeb souvisejících s jeho realizací.

[47] Aplikováno na nyní projednávanou věc, zakázky na realizaci (tj. především na dodání a implementaci) informačních systémů *ISPOP*, *Environmentální helpdesk* a *Geoportál* mohly být při splnění dalších okolností zadány v jednacím řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách. Daňové orgány ostatně nerozporují možnost zadat uvedeným postupem samotné zakázky na plnění spočívající v dodání a implementaci informačních systémů jako takových, ale možnost takto zadat část plnění zakázek v podobě dodávek hardwaru a softwarových licencí třetích stran. Spor se mezi účastníky tedy vede o to, zda součástí veřejné zakázky zadané podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách mohlo být *také* dodání hardwaru a licencí k softwaru.

[48] Celkové posouzení této otázky však již předurčil městský soud ve svém (prvním) rušícím rozsudku, neboť, jak již řečeno, ačkoli první rozhodnutí o odvolání (vydané OFŘ) zrušil, učinil tak z důvodu nesprávného posouzení výše odvodů za porušení rozpočtové kázně. Při posouzení samotného porušení § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách se v protikladu k názoru stěžovatelky ztotožnil s názorem daňových orgánů (tedy zejména OFŘ). Byť obsáhle rekapituloval obecné závěry vyplývající z judikatury jak správních soudů, tak Soudního dvora, k výkladu dotčených ustanovení zákona o veřejných zakázkách a směrnice 2004/18, k samotným poměrům projednávané věci konstatoval v bodu 61 rozsudku pouze tolik, že vůči částem veřejných zakázek zadaným podle § 23 odst. 6 zákona, a spočívajícím v dodávkách hardwaru a softwarových licencí, nebylo možno dovodit existenci přímého funkčního vztahu mezi výsledkem soutěže o návrh a následným plněním, neboť tyto dodávky nemusely být realizovány pouze autorem vítězného návrhu. Dle soudu se jednalo o zboží, které je na trhu výpočetní techniky běžně dostupné. Městský soud poté sice připojil také obecné závěry vztahující se jednak k otázce oddělitelnosti plnění, respektive posouzení, zda poptávané plnění představuje jednu celistvou zakázku, nebo několik zakázek dílčích (s nutností tyto zadat samostatně), jednak k otázce vytvoření stavu exkluzivity zadavatelem. Z těchto obecných úvah však v prvním rušícím rozsudku nedovodil žádné konkrétní závěry k poměrům projednávané věci.

[49] V předchozím bodu uvedená a povýtce strohá úvaha týkající se funkčního vztahu mezi soutěží o návrh a následně v jednacím řízení bez uveřejnění zadanými dodávkami hardwaru a softwaru se poté opakuje v následujících rozhodnutích daňových orgánů, tj. jak ve druhém rozhodnutí o odvolání a v přezkumném rozhodnutí OFŘ, tak v rozhodnutí žalovaného. Žalovaný sice v bodu 6 svého rozhodnutí dodává, že stěžovatelka neprokázala zhotovení předmětného hardwaru a softwaru „na míru“. Tuto úvahu však činí v souvislosti s případným důvodem pro zadání zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění spočívajícím v ochraně výhradních práv dodavatele takto specificky vytvořeného hardwaru a softwaru. Poukaz žalovaného na případy mu známé z úřední činnosti, v nichž zakázky na projekty, které jsou „komplexními celky“ a v realizační fázi se skládají z dodávek jednotlivých služeb a zboží, jsou soutěženy v režimu jednacím řízení s uveřejněním, není bez dalšího relevantní. Nevyplývá z něj totiž, že se tyto zakázky uskutečňují v oblasti dodání informačních systémů, která vykazuje výše naznačená specifika.

[50] NSS také nemůže přisvědčit argumentaci městského soudu v napadeném rozsudku, podle něhož zatímco podstata veřejných zakázek na předmětné informační systémy spočívala v konstrukci kreativního řešení, samotné dodávky hardwaru a softwarových licencí již představovaly realizaci návrhu, a tedy je bylo možno obstarat v jiném zadávacím řízení. Pakliže totiž městský soud v napadeném rozsudku prezentuje úvahy ohledně nemožnosti zadat v jednacím řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh zakázku, jejímž předmětem je realizace samotného návrhu, tato úvaha by diskvalifikovala již samotnou možnost zadat v projednávané věci veřejnou zakázku na realizaci příslušného informačního systému jako celek. Tato možnost však daňovými orgány rozporována není, naopak z ní daňové orgány i městský soud implicitně vycházejí, když porušení § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách *dovozují pouze ve vztahu k dodávkám hardwaru a softwaru*.

[51] Argumentaci opakovanou v rozhodnutích daňových orgánů a rovněž v napadeném rozsudku, že v rámci nyní posuzovaných veřejných zakázek *byl dodán hardware a software běžně dostupný na trhu*, NSS nepovažuje za stěžejní z hlediska posouzení přímého funkčního vztahu mezi soutěží o návrh a navazující veřejnou zakázkou. Jak již bylo naznačeno, v projednávané věci je podstatná především otázka případné funkční oddělitelnosti této části plnění, představující předmět veřejné zakázky na dodání informačního systému, od zbytku plnění tvořícího předmět veřejné zakázky. Pokud samotnou zakázku na plnění spočívající v realizaci informačního systému bylo možno za okolností této věci zadat v jednacím řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh, pak je to otázka *funkční provázanosti* dodávek hardwaru a softwaru s dalšími prvky realizace systému, která determinuje závěr, zda i takové dodávky bylo možno zadat podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách.

[52] V rozhodnutích daňových orgánů a rovněž v obou rozsudcích městského soudu však na uvedené téma absentují podrobnější úvahy. Nejvyšší správní soud ve shodě s daňovými orgány i městským soudem konstatuje, že žalobkyně již v předmětu soutěže o návrh oddělila návrh zajištění hardware a software v rozsahu nezbytném pro technologické zajištění realizace informačních systémů od návrhu samotného softwarového řešení projektové úlohy. Z toho je ovšem nutno vyvozovat pouze úmysl stěžovatelky zadat v návaznosti na soutěž o návrh také realizaci tohoto „*návrhu dodávky hardware a softwaru*“, tj. výslovně učinit součástí navazující veřejné zakázky v nezbytném rozsahu také tyto dodávky.

[53] Uvedený úmysl stěžovatelky sám o sobě není způsobilý založit důvodnost zadání dodávek hardwaru a softwaru jako části veřejné zakázky podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách. Jak vyplývá z ustálené judikatury NSS (i Soudního dvora EU), okolnosti odůvodňující výjimku z principu otevřených řízení, a tedy použití jednacího řízení bez uveřejnění, musí existovat objektivně – nemohou být založeny jednáním zadavatele (vytvoření „*stavu exkluzivity*“) [srov. např. rozsudek NSS ze dne 11. 1. 2013, č. j. 5 Afs 43/2012 - 54, č. 2790/2013 Sb. NSS].

[54] V projednávané věci však podle NSS takové okolnosti existovaly, respektive stěžovatel je ve svých podáních skutečně osvětloval a ani žalovaný, ani městský soud jeho tvrzení věcně nevyvrátili. NSS v obecné rovině souhlasí se závěry ÚOHS vyslovenými v citovaném rozhodnutí č. j. S293/2009/VZ-15793/2009/510/Hod. Je skutečně neobvyklé, aby návrh informačního systému realizoval jiný dodavatel, než autor tohoto návrhu. Oddělení návrhu informačního systému od jeho realizace je z povahy věci často neproveditelné. Pokud je

pokračování

poté, jako v projednávané věci, poptáváno *zhotovení komplexního softwarového řešení* určité úlohy (zjednodušeně dodání „*informačního systému*“), jedná se o komplexní proces počínaje návrhem a pokračuje kreativně-technickou činností formování řešení až po jeho samotnou implementaci a uvedení do provozu. Součástí určitého softwarového řešení určité úlohy přitom nutně nemusí být pouze systém od počátku navržený a samostatně ve své komplexnosti realizovaný autorem, nýbrž – a to zpravidla – může jít o kreativní zpracování již na trhu dostupných dílčích softwarových řešení (typicky „*sériově*“ naprogramované moduly určené k řešení určitých typů úloh budou dále dotvořeny či propojeny). Nelze si přitom dost dobře představit, že by kupříkladu stěžovatelka v projednávané věci měla samostatně v otevřeném zadávacím řízení zadat zakázku na dodávky uvedených modulů a následně tyto moduly (zdrojové kódy a licence k nim) poskytovat dodavateli informačního systému. Jednalo by se o podobně absurdní situaci jako v případě samostatného obstarávání materiálu určeného ke zhotovení stavby zadavatelem veřejné zakázky na stavební práce, který by je měl následně sám poskytovat staviteli, od kterého však chce realizaci stavby na klíč.

[55] Jinak řečeno, NSS znovu podtrhává a zdůrazňuje, že alfou a omegou celé úpravy veřejných zakázek, a to jak na úrovni unijní, tak úrovni vnitrostátní, zůstává transparentnost, otevřená soutěž, a zákaz diskriminace, které vedou jak k optimálnímu nakládání s veřejnými prostředky, tak férové hospodářské soutěži. Toto výchozí a obecné pravidlo však nemůže být, a to ani s ohledem na aplikaci z něj vybočujících výjimek, aplikováno natolik mechanicky, aby sama zakázka ztrácela racionální a ekonomické opodstatnění. V případě poptávání komplexních informačních systémů tak nelze jejich zadávání redukovat na souhrn jejich jednotlivých komponent, neboť neméně podstatná, a často důležitější součástí celého systému, bude vzájemné propojení a souhra jednotlivých jeho komponent, a jejich následná údržba.

[56] Nejvyšší správní soud si je vědom potřeby vykládat výjimky pro použití jednacích řízení bez uveřejnění restriktivně. Nelze však spouštět ze zřetele účel, který toto omezení sleduje, a sice zajištění otevřených, transparentních a kontrolovatelných zadávacích řízení, respektive zajištění hospodářské soutěže. Z tohoto pohledu je stěžejní, že *podstatné parametry následně v jednacím řízení bez uveřejnění zadané zakázky tvořily již součást návrhů účastníků soutěže o návrh*. Podstatná část soutěžních podmínek se týkala samotné realizace soutěžních návrhů. Hodnotícími kritérii v případě všech tří soutěží o návrh byly jednak cena realizace soutěžního návrhu (váha 60 %), jednak funkční a technické vlastnosti nabízeného řešení (váha 40 %). Cena realizace soutěžního návrhu přitom podle soutěžních podmínek zahrnovala samotnou cenu pořízení příslušného informačního systému, která v sobě obsahovala mimo jiné cenu za licenci k softwarovému řešení a dodání samotného řešení. Ze soutěžních podmínek i následně uzavřených smluv o realizaci vyplývá, že dodáním řešení se v případě projektů *ISPOP* a *Environmentální helpdesk* rozuměl jak softwarový prvek systému, tak jeho technologicky nezbytné hardwarové zajištění (viz bod [26] výše). Soutěž o posuzované dodávky hardwaru a softwaru proto v projednávané věci proběhla. Řádnost průběhu soutěže o návrh, a tedy naplnění výše uvedených zásad v soutěži o návrh, přitom účastníci nezpochybňují – v opačném případě by ostatně již z tohoto důvodu nebylo možno k jednacím řízení bez uveřejnění přistoupit.

[57] Z uvedených důvodů dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že v případě projektů *ISPOP*, *Environmentální helpdesk* a *Geoportál* bylo prokázáno naplnění *druhé podmínky*

pro použití jednacího řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách: k zadání části veřejných zakázek na realizaci systémů *ISPOP*, *Environmentální helpdesk* a *Geoportál*, která spočívala v dodávkách technologicky nezbytného hardwaru a licencí k softwarovému řešení, došlo *v návaznosti na provedené soutěže o návrh*.

[58] Pokud se týče *podmínky třetí*, a sice že již v podmínkách soutěže o návrh *bylo stanoveno pravidlo*, podle něhož musí být (navazující) veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže, nemůže být sporu o jejím formálním naplnění. Soutěžní podmínky v případě všech tří systémů jednoznačně stanovily, že na soutěž o návrh bude v souladu s § 103 odst. 3 písm. a) navazovat zadání veřejné zakázky na služby podle § 23 odst. 6 tohoto zákona. Úmysl následně zadat zakázku zahrnující dodání softwarových licencí a hardwaru přitom vyplývá i z celkového nastavení soutěžních podmínek, jejichž podstatná část se věnovala realizaci návrhu.

[59] Z výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012 - 160, vyplývá, že se zároveň musí jednat o pravidlo stanovené *důvodně*. Dle názoru NSS je důvodnost v rámci takto stanovené třetí podmínky v podstatě znovu otázkou návaznosti plnění na soutěž o návrh. Tato návaznost ve smyslu přímého funkčního vztahu totiž zpravidla též předurčuje nutnost zadat veřejnou zakázku vítěznému účastníkovi soutěže. V projednávané věci každopádně z úvah uvedených zejména v bodech [47] a [48] výše vyplývá, že taková nutnost dána byla. Nejvyšší správní soud proto uzavírá, že také třetí podmínka pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách byla naplněna.

[60] Nejvyšší správní soud tedy dospěl k závěru, že neobstojí současná argumentace městského soudu a daňových orgánů k otázce naplnění podmínek podle § 23 odst. 6 zákona o veřejných zakázkách části veřejných zakázek zadaných v návaznosti na soutěž o návrh. Z tohoto důvodu však NSS dále nehodnotil otázku přiměřenosti odvodu za porušení rozpočtové kázně, neboť za současné situace vede právní názor NSS k závěru, že k porušení rozpočtové kázně nedošlo.

IV. Závěr a náklady řízení

[61] Nejvyšší správní soud shledal kasační stížnost důvodnou, a proto napadený rozsudek městského soudu zrušil. Vzhledem k tomu, že z týchž důvodů, pro které NSS zrušil napadený rozsudek, bylo třeba již v řízení před městským soudem zrušit rozhodnutí žalovaného, zrušil NSS současně i rozhodnutí žalovaného [§ 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s.], který je v dalším řízení vázán výše uvedeným právním názorem (§ 78 odst. 5 s. ř. s.).

[62] Podle § 110 odst. 3 věty druhé s. ř. s. rozhodne Nejvyšší správní soud v případě, že zruší podle § 110 odst. 2 písm. a) s. ř. s. rozhodnutí žalovaného, o nákladech řízení o kasační stížnosti i o nákladech řízení před krajským soudem. Stěžovatelka měla ve věci úspěch, podle § 60 odst. 1 ve spojení s § 120 s. ř. s. jí tedy přísluší právo na náhradu nákladů řízení před soudem, které důvodně vynaložila, proti žalovanému, který ve věci úspěch neměl.

[63] Náklady řízení o žalobě tvoří zaplacený soudní poplatek za žalobu ve výši 3 000 Kč, dále odměna advokáta ve výši 10 200 Kč za tři úkony právní služby po 3100 Kč v podobě

pokračování

převzetí a přípravy zastoupení, sepsání žaloby a účasti na jednání před soudem v délce nepřesahující dvě hodiny [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. a), d) a g) vyhlášky č. 177/1996 Sb., o odměnách advokátů a náhradách advokátů za poskytování právních služeb (advokátní tarif)], a tři režijní paušály po 300 Kč za tři úkony právní služby podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu, zvýšená o částku 2 142 Kč odpovídající dani z přidané hodnoty ve výši 21 %, neboť zástupce stěžovatelky je plátcem daně z přidané hodnoty. Celkem náklady řízení o žalobě činí 15 342 Kč.

[64] Náklady řízení o *kasační stížnosti* tvoří zaplacený soudní poplatek za kasační stížnost ve výši 5 000 Kč, dále odměna advokáta ve výši 3 400 Kč za jeden úkon právní služby po 3 100 Kč v podobě sepsání kasační stížnosti [§ 7, § 9 odst. 4 písm. d) a § 11 odst. 1 písm. d) advokátního tarifu] a jeden režijní paušál ve výši 300 Kč podle § 13 odst. 4 advokátního tarifu, zvýšená o částku 714 Kč odpovídající dani z přidané hodnoty. Celkem tedy náklady řízení o kasační stížnosti činí 9 114 Kč.

[65] Celková výše nákladů řízení o žalobě a o kasační stížnosti tedy činí 24 456 Kč. Žalovaný je povinen zaplatit stěžovatelce náhradu nákladů řízení v této výši k rukám jejího zástupce Mgr. Matěje Váchy, advokáta se sídlem Újezd 450/40, Praha 1, a to do 30 dnů od právní moci tohoto rozsudku.

P o u č e n í : Proti tomuto rozsudku **n e j s o u** opravné prostředky přípustné.

V Brně dne 6. října 2023

Mgr. Radovan Havelec
předseda senátu